

شرح البيع

في القوانين المصرية والفرنسية
وفي الشريعة الإسلامية

تأليف

محمد عيسى بك

وكيل الادارة القضائية للمحاكم الأهلية بوزارة الحقانية



« حقوق الطبع محفوظة للمؤلف »

١٣٣٤ هـ = ١٩١٦ م



مطبعة المعارف بشابغ الفجالة بمصر

مقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين

اخترت شرح عقد البيع لأنه أهم العقود المدنية وأكثرها تداولاً . فالناس على اختلاف طبقاتهم وتباين طبقاتهم من غنى وفقير . أفراداً وجماعات . لا مندوحة لهم من التعاقد به لأن البيع والشراء أساس المعاملات والمحور الذي تدور عليه منافع الناس واحتياجاتهم

يتناول البيع الصقة صغر قدرها أو بلغ ثمنها حد الملايين . وقد عظمت أهميته القانونية وكثرت بشأنه المباحث القضائية بنسبة أهميته العملية التي تزداد بازدياد الحضارة واتساع نطاق الروابط بين أقصى البلاد وسهولة المواصلات وتبادل المنافع وكثرة المزاومات والمنافسات

خلقت هذه الحال للبيع أشكالاً ما كان يعرفها الأولون وصوراً مختلفة وأساليب متنوعة تزداد كل يوم عدداً . ان أعرض عنها المالى عرّض ماله للضياع وما ربحت تجارتها . وان غفل عنها المشتغل بالقانون أغلق عليه فهم مشاكلها وحل عقدها وكان كمن يعيش في عصر غير هذا العصر . فمن البيع الذي ما كان يتم عند الرومان إلا بعمل مادي أو صيغة مخصوصة ينطق بها المشتري ليؤيد حقه في الملكية الى البيع بالتلفراف والتليفون أو بالاعلانات والنشرات . ومن التسليم الفعلي الى التسليم الحكيم أو المضاربات التي لا يقصد تنفيذ العقد فيها بالوفاء عيناً بل بمجرد دفع فروق أو بيع السلم بالتسلسل أو بمقتضى أمر تسليم لحامله . ومن تعيين الثمن بالذات وتحديد عند البيع الى قابليته

للتعيين وتحديد بزيادة قدر معلوم على سعر الكنتراكت في يوم يختاره البائع أو جعله بصفة إيراد مؤقت أو مؤبد وهكذا مما لا حصر له من الأنواع والصور التي حاولت بما في الوسع بسطها وبيان أحكامها في هذا الكتاب.

وقد سلكت في تأليفه الطريق الذي سلكه الشارع المصري في وضع القانون . قارنت أولاً بين مواده (أهلي ومختلط) وبين مصدرية الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي وجعلت المقارنة في الشريعة على كتاب مرشد الخيران للمرحوم قدرى باشا ومجلة الأحكام العدلية لوضعها على نسق القوانين ترتيباً ومواد

وعلى هذا النحو سرت في الشرح لأن واضع القانون لم يترك لنا مذكرات إيضاحية ولا أعمالاً تحضيرية لتكون مرشداً وهادياً لكل باحث يدرك منها غرض الشارع ويقف على حكمة ما أثبت وما محاوطة ما عدل أو ابتكر بل ترك الناس خياراً يذهبون كل مذهب في تأويل قوله وتعليل عمله . نخذ من ذلك مثلاً أغفال الشارع نصاً من نصوص القانون الفرنسي وهو أحد مصدرية وليكن النص الذي تركه مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية وقد كانت شريعة البلد وقت وضع القانون . فلست تدري أغفل ذلك النص وهو يريد حكمه أخذاً بالقواعد العامة أم لا يريد حكمه لأنه محرم بحسب الشريعة التي كانت سارية اذ ذاك . ولن تجد لذلك مخلصاً غير الرجوع للعرف وقواعد العدل وظروف الأحوال

تقدمه الناقدون من هذه الوجهة وبعضهم من أهل الرأي وأولى الأمر^(١) وهم في تقدم مصيبيون فلو كان فعل ما أشرنا إليه لأمن الباحث الزلل واتفق مواضع الخطأ والخلل وسارت المحاكم في أحكامها على وتيرة واحدة ولم تجد فيها خلفاً

كذلك آخذة الكثيرون بالاسراف في التعبير حيث ينبغي الإيجاز . وبالقصور حيث يجب البيان . والتراخي في تحري الاصطلاح . بل وبضعف التركيب وسقم

(١) راجع بالأخص رسالة التزوير وشرح القانون المدني للمرحوم فتحي باشا زغلول وتقرير جناب المستشار القضائي لسنة ١٩٠٤

العبارة وعجز الألفاظ التي استعملها عن أداء ما يراد بها وغموضها الى حد يحتاج معه المطلع للرجوع الى النص الفرنسي لاستيضاحها وهو عيب كبير . عيب واقع ماله من دافع غير ما أظهره أولئك المفكرون من محاولة تلافي هذه النقائص في مؤلفاتهم والعمل على استبدال ما استكروه باصطلاحات أوفى بالغرض وأنسب للقانون . وإنا على آثارهم مهتدون . فقد أثبت ما عثرت عليه من الاصطلاحات التي ظننتها كذلك ولعلى وقت

ولكننا وان آخذناه بكل ذلك فيجب أن لا ننسى أن هناك غرضاً ظاهراً للشارع يصلح أن نسترشد به في شرح قانونه وهو الرجوع الى نفس مصادر الأحكام التي دونها فيه فخير طريق يسلكه شارح أن يرجع لما أخذ القانون الطبيعية فيرجع للأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي ويطلع على أقوال شراحه ويراجع أحكام قضائه ليفهم مغزى ومرمى المواد التي نقلت عنه ويرجع لكتب الشريعة ويستأنس بأقوال فقهاءها ليعرف حكمة ما استمده منها كما أنه يصيب اذا رجع في الجزئيات الى أحكام تلك المآخذ وقاس عليها واهتدى بهديها عند سكوت النص

أما كون مصدرى القانون المصرى هما الشريعة الاسلامية والشريعة الفرنسية فما لا جدال فيه : قارن بين نصوص تلك الشرائع وقابل ألفاظ المواد وترتيبها يذهب عنك كل ريب . وهذا هو الواقع فالقانون الفرنسي أصل الشرائع الحديثة والشريعة الاسلامية كانت شريعة البلد . والحكومة فكرت عند تحضير القانون في مقارنة تينك الشريعتين وناطت ذلك ببعض كبار العلماء وقد عثرت على رسالتين جليلتين بخط اليد في هذا المعنى احدهما للعلامة الشيخ مخاوف المياوى قارن فيها القانون الفرنسي على مذهب الامام مالك رضى الله عنه والأخرى لعالم لم يذكر اسمه أبان فيها ما وافق منه مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان . وفي معتقدى ان هذا العمل كان متعيناً على أولياء الأمر . فالشريعة الاسلامية كما قدمنا كانت الشريعة المرعية الاجراء المتبعة الأحكام في القطر المصرى وقت تحضير القوانين سواء كانت في

المعاملات المدنية أو الأحوال الشخصية . وقد جرى الشارع على انه كلما رأى الفائدة ظاهرة والحاجة ماسة للأخذ بقواعدها اقتبس منها ما دعت اليه الضرورة ليحسم خلافاً قام أو شكاً حام حول نص القانون الفرنسى الذى جعله عماده فى النقل أو يؤيد قواعد قد اعتادها أهل القطر أو مسائل شديدة الارتباط بأحوالهم الشخصية أو يتقى التنافر بين ما سنّ لهم من القانون وبين ما عرفوه وما ألفوه فى معاملاتهم اليومية وهو مبدأ يحتمه العدل وتقضى به أصالة الرأى واصابة النظر .

لهذا تراه كان يرجع أحياناً فى تدوين بعض نصوص القانون المدنى الى أحكام الشريعة فيجعلها مأخذه كالبيع فى مرض الموت والشفعة وغير ذلك مما مزج به أحكام الشريعة بأحكام القانون الفرنسى أو أحال عليها كأهلية المتعاقدين والميراث والوصية . ولن تجد فى مسائل المعاملات مثلاً أوضح لمزج هاتين الشريعتين من باب البيع ولسنا نجعل أو ننكر عمل الشارع فى هذا السبيل وهو يشرع لأقوام مختلفى الجنسية متعددى الأحوال الشخصية خاضعين لامتيازات أجنبية يجب مراعاتها فى معاملاتهم كما يجب مراعاة الأخذ بأسباب الرقى والانتفاع بما أظهرته تجارب الأمم الراقية ودواعى الحضارة ولقد راعيت ما استطعت فى تحريره السهولة فى العبارة والبسط فى القول والافاضة فى الشرح والاحاطة بمختلف المذاهب وتنوع الآراء وتعدد الأحكام والتفصيل فى التعليل لأنى رأيت ان ذلك أدعى لوسوخ المسائل فى الذهن وأقرب لفهم أحكامها وأنى للملكة التفقه وأسهل لمعرفة طرق الاستنباط وسبل القياس وأظهر فى كيفية تحليل المواد وتطبيق الحوادث على جزئياتها والتدليل على ما استخلص من الآراء منها فاعثرت على حكم قرر مبدأ وشرح قاعدة ولا رأيت قولاً أوضح مبهماً وأزال غامضاً إلا وأتيت به : ولا شاهدت خلافاً بين القانونين الأهلى والمختلط أو مبادئ جديدة فى القوانين الحديثة إلا وألمعت اليها . ولا وقفت على تاريخ لمعاملة الأهالى فى شأن من الشؤون أو فساد فى معتقدهم إلا وأشرت اليه . فان فاتتني بعد ذلك أشياء فسبحان المحيط بكل شيء علماً

وقد عانيت هذا العمل الشاق اقتداءً بمن سبقني وجرياً على منوالهم وما أريد به
الأم ما أرادوا وهو أن تنبعث الحياة في نفوس المتعلمين فينقلوا لنا نفائس الغرب فيعلم
عامتنا ما جهلوا من أمور حياتهم ويطلع خاصتنا على ما تجود به المدارك السامية من
الحقائق العلمية والمباحث الجليلة المغذية للعقول

فقد تبينت من استقصاء الحوادث واستطلاع الأحكام ان الناس عندنا في سالف
الزمن كانوا يكتفون باستكتاب المأذون عقود بيعهم وشرائهم وهو يقع عليها وحده
ثم ينفذون مقتضاها لتبادل الثقة بينهم ولو شاء أحدهم أن ينقض ذمته وينكث عهده
لما منعه القانون . ولا يزال بعضهم يعتقد ان ثقل التكليف يقوم مقام التسجيل تأثيراً
بالاجراء القديمة . ولولا رحمة من القضاة ويسر من القانون يبيح لهم في حدود معينة
ان يحكموا بحسب قواعد العدل لضاع على اولئك وهولاء ما صنعوا بجهل في ظروف
جهالة . وقد وجب أن يفيقوا من غشيتهم وان يستنبروا بنور العلم والعرفان ويقفوا على
ما جد في قوانينهم وما تقضى به أحكام محاكمهم ويعلموا أنه يجب عليهم أن يتخذوا
لهم في الهام من أمورهم مستشارين وأعواناً من أهل الرأي أو يرجعوا للكتب العلمية
إذا قدروا على فهمها وليقلعوا عن الطرق العتيقة طرق استكتاب العقود في الخفاء
والاستسلام لمرابٍ يستلبهم مالهم وهم لا يشعرون حتى اذا جاء يوم التقاضى وعرفوا
الحق رجعوا بصفقة المغبون وندموا ولات ساعة مندم

فاللهم أقلنا العثرات والهمنا الصواب ووقفنا الى سبل الرشاد

بيان المراجع

كتب عربية

فتح القدير	كتاب الأحوال الشخصية له
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع	كتاب العدل والانصاف في حل مشكلات الأوقاف له
ابن عابدين	شرح القانون المدني لفتحى باشا زغلول
الزيلعي	كتاب الأقطان والضرائب لجرجس بك حنين
كتاب أحكام الأوقاف للخصاف	المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية القضاء
شرح الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك	الاستقلال
شرح الحرشي على مختصر سيدي خليل	المحاكم
فتاوى الشيخ عlish على مذهب الامام مالك	الحقوق
شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية	القضاء المصري لجمال
للشيخ زيد بك الأياني	التعليقات القضائية لفيليب بك جلال
كتاب مباحث الوقف له	مجموعة القوانين الادارية والجناائية للحكومة المصرية
مذكرات المعاملات في فقه الامام أبي حنيفة له	كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد بك حافظ
شرح مرشد الحيران له وللشيخ محمد سلامه السنجلاني	تقارير المستشار القضائي
كتاب أحكام المعاملات في الشريعة الاسلامية	تسليقات الحقانية على قانون العقوبات وتحقيق
للشيخ أحمد أبي الفتح	الجنايات
زاد المعاد في هدى خير العباد	مذكرات لجنة المراقبة القضائية
مجلة الأحكام العدلية	قاموس التخصص
مرشد الحيران في المعاملات الشرعية	تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري
لقدرى باشا	

كتب افرنجية

بودرى وسينات — كتاب البيع	القانون الألماني
طبعة ثالثة ١٩٠٨	فوائيه
بودرى الوجيز في القانون المدني	مجموعة العشرة سنوات للمحاكم المختلطة —
بلائيول	جزء اول وثان
(اوبرى) و (رو)	دوهلس
بودان	هالتون — شرح القانون المدني المصري
باندكت فرنسي	جرانمولان
ربرتوار دالوز	بورلي
تعليقات دالوز	مذكرات المسيو تستو ناظر مدرسة الحقوق
مجموعة الأحكام العامة لدالوز	سابقاً
مجموعة دالوز الصغيرة	مذكرات المسيو لمبير ناظرها السابق أيضاً
كار بنتيه	شرح قانون المرافعات للوزينا بك
	دائرة معارف لاروس

الفصل الأول

في البيع على العموم

البيع مثال العقود المعينة وأكثرها شهرة وأوفرها تداولاً وأعظمها أهمية في المعاملات لهذا تتكلم عليه القوانين في طليعة تلك العقود وعلى أثرهم سار الشارع المصرى فتكلم عليه في الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدنى المنون في العقود المعينة

١ — أصل البيع هو المقايضة فهى أول ما عرف الانسان من أنواع التعامل أصل البيع وكيفية ذلك أن الانسان خلق مدنياً بطبعه فلا يستطيع أن يعيش بمفرده ولا يستطيع أن يقوم بسد حاجته دون معونة بنى جنسه فهو مضطر لمعاملتهم وتبادل المنفعة معهم يأخذ منهم ما تمس اليه حاجته ويعطيهم ما زهد فيه أو زاد عن لوازمه فطرة الله التى فطر الناس عليها

فتبادل المنفعة أو الأخذ والعطاء الذى انساق اليه الانسان من أول نشأته هو المسمى بالمقايضة (أو المعاوضة كما سماها القانون المصرى)

ولكن الناس ما لبثوا ان ظهرت لديهم عيوب ذلك التبادل وأدركوا الصعوبات التى تحول دون اتخاذه قاعدة للتعامل فطالب الشئ قلما يصادف مالكاً راغباً فيما هو زاهد فيه أو زائداً عن حاجته وأخذ الأمر يزداد صعوبة كلما زاد الناس عدداً لتعدد مطالبهم واختلاف مشاربهم ودعاهم ذلك لان يبحثوا عن أمر عيم الفائدة يعطيه راغب الشئ فى مقابل ما يأخذ فاهتقت خواطرهم على اتخاذ المعادن النفيسة

واسطة للمعاملات ولكنهم كانوا في بادئ أمرهم يزنونها بالموازين كلما دعت الظروف لذلك

بقى الحال على هذا المنوال حتى انتشر التمدن وامت الحضارة وانتظمت الأمم وقامت الحكومات فأرأوا أن وزن المعادن مما لا يلائم خلقهم التي تهذبت ومعاملاتهم التي اتسعت دائرتها فوفقوا إلى ضربها نقوداً قدروا وزنها وعيارها وقيمتها تقديراً وأخذت الحكومات تتولى هذا العمل ضماناً للناس في معاملاتهم واطمئناناً لهم على أعمالهم حتى صار الإنسان كلما رأى قطعة من النقود عرف قيمتها وما تساويه من الذهب والفضة أو غير ذلك من المعادن

نشأته ٢ — انتشرت المعاملة بالنقود فنشأ عن ذلك البيع وما هو في الواقع الآن صورة من صور المقايضة (البذل) وعم استعماله عند جميع الأمم المتحضرة وضاعت دائرة المعاملة بالمقايضة التي أبقتها مع ذلك الشرائع الحاضرة ليرجع الناس إليها عند الاقتضاء إذا رأوا في ذلك مصلحة لهم فانه لا يزال بعض سكان القرى يتبادلون ملكية أديانهم ومساكنهم عندما تدعو ضرورة الجوار أو فرز الأملاك لذلك

الفرق بين المقايضة والبيع ٣ — والميزة التي تمتاز بها المقايضة عن البيع في هذه الحالة هي : أولاً — اقتصاد رسوم التسجيل ففي عقد البذل تستحق الرسوم على أكبر البذلين قيمة وفي البيع تستحق على كل عقار مستقل على حدته

ثانياً — عدم جواز الشفعة فيها فقد نصت المادة الخامسة من الأمر العالي الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ على أن الشفعة لا تصح ممن تملك بغير المباينة

أما المقايضة بالنقولات فقد تلاشت ولا أثر لها إلا في الأماكن التي لم تسعها المدنية ولم تتقدم فيها التجارة كبعض أنحاء السودان فالسودانيون يبيعون محصولات أراضيهم وما يملكون من ريش نعام وأبنوس وصمغ وخلافه في مقابل أقشة أو مصوغات أو غير ذلك مما يحتاجون إليه وهي حال لا تلبث أن تزول كلما تدرجوا في سبيل المدنية والحضارة وارتقت أساليب التجارة

ولما أصبح البيع قاعدة التعامل اضطر واضعو القوانين في سائر الممالك للاسهاب في تقرير قواعده واحكامه واقتصروا على تخصيص القليل منها للمقايضة غير مراعين أصل كل منهما وعلى هذا النحو نهج الشارع المصرى في القانون الأهلى

٤ — أما القانون المختلط فأغفل الكلام على المقايضة ولهذا كانت الاحكام السارية عليها هى احكام البيع سواء بسواء

ولسنا ندرى سبب هذا الفرق في القانونين خصوصاً وان القانون المختلط وضع أولاً ونقله واضعه عن القانون الفرنساوى المشتمل على الاحكام والقواعد التى وضعت للمقايضة في القانون الاهلى

وربما كان السبب أن واضع القانون المختلط تأثر بنصوص الشريعة الاسلامية اذ أنها لا تفرق في الاحكام بين البيع والمقايضة فلما جاء دور القانون الاهلى ووجد واضعه أن الناس يتعاملون بالبدل بل أحياناً يكون البدل لازماً ومحتماً اذا كانت العين موقوفة وضع له باباً مخصوصاً واستمد ما ناسبه من احكام القانون الفرنساوى

٥ — والبيع والمقايضة هما مثال العقود الناقلة للملك بعوض فالبايع يأخذ مقابلاً لما يعطى وهذا المقابل يحل في ملكه محل المبيع فان كان المقابل تقدماً كان العقد بيعاً وان كان منقولاً أو عقاراً كان مقايضة (معاوضة)

والبيع أشهر العقود المعينة أى التى وضع لها اسم خاص وقد عنى الشارع المصرى بذكره في أول الكتاب الثالث المعنون (في العقود المعينة) لشهرته وكثرة تداوله بين الناس

٦ — وهو من العقود المباحة إلا أن القوانين قد قيدت تلك الاباحة في بعض الاحيان مدفوعة بياعث المصلحة العامة كرجبة الحكومة في تنشيط تجارة صنف معين فتزيد في رسوم الجمر ك على وارداته وقد تبلغ الزيادة قيمة الثمن الأصلي أو تفوقه فيكون ذلك مؤثراً على حرية التجارة وربما يفضى الى منع التبايع بها أو احتكار الحكومة لبعض الاشياء أو منح امتياز يبيعها والاتجار بها الى طائفة

اغفال المقايضة
في القانون المختلط

البيع مثال العقود
بعوض

تقييد اباحته

مخصوصة او شركة معينة فانه بذلك يحرم على الغير بيعها (مثال ذلك احتكار الملح والبارود)

وقد لا تقف القوانين عند هذا الحد من التقييد بل تمنع التبايع منعاً باتاً بحيث يصبح الشيء مما لا يجوز التبايع فيه محافظة على الصحة العامة أو على مبادئ الحرية وغير ذلك من المنافع العامة كالحشيش (فقد منع بيعه بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ والمعدل فى ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ و ٨ يولى سنة ١٨٩٤) والاسترقاق والنخاسة (فقد منع الاتجار بها بمقتضى المعاهدة المعقودة بين الحكومتين المصرية والانجليزية بتاريخ ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥)

والاشياء الاثرية (فقد منع بيعها بالأمر العالى الصادر فى سنة ٩١٢ نمرة ١٤ واعتبرت فيه الآثار من أملاك الحكومة العامة -- مادة أولى)

٧ — والبيع ثابت شرعاً بالكتاب قال تعالى (وأحل الله البيع) وبالسنة قال عليه السلام (يا معشر التجار أن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة) وقد بعث عليه السلام والناس يتبايعون فأقرهم عليه وبالأجماع (فتح القدير جزء ٥ ص ٧٣^(١))

البيع فى الشريعة
الاسلامية

وحكمته عند الفقهاء (كما ورد بابن عابدين ص ٦) بقاء نظام المعاش والعالم فانه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمره ما يشه أحسن احكام ولا يتم ذلك الا بالبيع والشراء اذ لا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه فاضطر الى شراء ما ينقصه ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر او السؤال ان أمكن والا قاتل صاحبه عليه ولا يتم مع ذلك بقاء العالم

والبيع من العقود المباحة فيكره عند الشرعيين الاحتكار فيه لأن الاحتكار يضر بالناس لتعلق حق العامة بالأشياء المحتكرة حتى اذا امتنع المحتكر عن بيع أشياء عند شدة الحاجة اليها يعتبر ظالماً لأنه منع الناس حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم ولهذا

(١) راجع كذلك كتاب المعاملات للشيخ احمد بك ابى الفتوح (ج ٢ ص ٢٢٧)

يؤمر بالبيع ازالة للظلم وقال الامام محمد ويجبر عليه^(١) وقال بعضهم لا يجبر وانما يعزر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ولقوله عليه السلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع جزء ٥ ص ١٢٩)

(١) ليس أدل على موافقة هذه الآراء الشرعية لمقتضيات كل زمان ومكان وملاءمتها لمصالح الناس كافة مما شاهدناه في الظروف الحاضرة من اضطرار الدول الأوروبية والحكومة المصرية للعمل بما يوافق هذا الرأي في القوانين التي سنتها بسبب تأثير الحرب القائمة الآن في أوروبا على الحالة الاقتصادية فقد غلت أسعار الحاجيات الأولية غلاءً فاحشاً وتداركاً لما عساه يحدث من ارتفاع أسعارها ارتفاعاً مصطنعاً أصدرت الحكومة القانون نمرة ٦ لسنة ١٩١٤ وهو يقضى بإنشاء لجنة في كل محافظة أو بندر مديرية تحدد أقصى الأسعار للمواد الغذائية وأصناف الحاجيات الأولية وعقاب كل من يبيع بأزيد من السعر المقرر أو يمتنع عن البيع به . ويبيح للقاضي الأمر باقفال محل المخالف أو بسحب الأصناف وبيعها على ذمته بواسطة جهة الإدارة بالسعر المقرر في التعريفة أي أنها تباع جبراً عنه كما يقول الامام محمد

الفرع الأول — في تعريف البيع

قوانين مصر

شريعة اسلامية

مادة ٢٩٤ مرشد الحيران .. عقد البيع هو
تمليك البائع مالا للمشتري بمال يكون ثمناً للبيع
مادة ٣٢٠ منه — الثمن هو ما تراضى عليه
المتعاقدان سواء زاد على قيمة البيع أو نقص
والقيمة هي ما قوم به الشيء بمنزلة الميار من غير
زيادة ولا نقصان

مادة ٢٣٥ أهلى — البيع عقد يلتزم
به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر
في مقابلة التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه
المتفق عليه بينهما

٣٠٠ مختلط — مطابقة لها

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٢ — البيع هو اتفاق يلتزم به أحد
المتعاقدين بتسليم شئ والآخر بدفع ثمنه ويجوز
أن يكون بمقد رسمى أو عرقى
مادة ١٥٩١ — يقدر المتعاقدان الثمن ويمينا
مادة ١٥٩٢ — ويجوز مع ذلك أن يفوض
تقديره لأجنبي عن المقتد فإذا لم يرد هذا
الأجنبي مباشرة التقدير أو لا يستطيع اجراءه
فلا ينقذ البيع

٨ — البيع لغة مقابلة شئ بشئ مالا أولاً^(١)

التعريف

واصطلاحاً عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر في مقابلة التزام
ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما (مادة ٢٣٥ أهلى و ٣٠٠ مختلط)

٩ — وهذا التعريف مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية والقانون الفرنساوى

في مأخذه

الذين هما مصدر التشريع المصرى كما يدل على ذلك مجرد مقارنة النصوص ومقابلة
أحكامها بعضها . أما الأعمال التحضيرية للقوانين فلم يُقف لها على أثر^(٢)

والذى حدا بالشارع المصرى لجعل تعريف البيع مزيجاً من الشريعة والقانون
الفرنساوى ان تعريف القانون الفرنساوى ناقص وبهم أجمع جمهور الشراح على نقده

(١) ابن عابدين جزء ٤ ص ٣ (٢) انظر المقدمة

وأوردوا كثيراً من الاعتراضات على وضعه وأخذ كل منهم يضع تعريفاً من عنده
يكون جامعاً لما يراه من النقص مانعاً لما أورده من الاعتراض
واليك ملخص ما أورده من النقد

١٠ — اقتصر هذا القانون على إلزام البائع بتسليم المبيع جرياً على نسق القانون
الروماني وأعقل التصريح بإلزام البائع بنقل الملك للمشتري مع أن ذلك هو الغرض
المقصود من البيع والمميز له عن سائر العقود أما التسليم فمن نتائجه
أدى ذلك إلى خلاف في فهم المراد من لفظ التسليم أريد به معناه اللغوي
وعلى ذلك يصح البيع بتسليم شيء مملوك للغير كما كانت الحال في عهد القانون الروماني
أم أريد به نقل الملك كما يستفاد من مقارنة التعريف بالنصوص الأخرى الصريحة
في بطلان ملك الغير (مادة ١٥٩٩ فرنساوى) واكتساب المشتري للملكية بمجرد
الاتفاق على البيع والتمن (١٥٨٣ فرنساوى) ومن التقارير والمناقشات التي جرت
بشأن ذلك وقت تحضير القانون (١)

أخذ كذلك على تعريف القانون فرنساوى أنه غير مانع فقد يصدق على الإيجار
كما يصدق على البيع لأن أحد المتعاقدين يلتزم بتسليم الشيء المؤجر مقابل التزام
الآخر بدفع أجرة معينة ولا فرق بين الاثنين سوى أن التسليم في الإيجار وارد على
المنفعة في البيع على الملك

١١ — أما الفقهاء فلم يختلفوا في أن حكم البيع هو التملك والتملك أى تملك المبيع أقوال الفقهاء
وهو المقصود الأصلي من التبايع وامتلاك الثمن وهو الوسيلة للمبادلة وعرفوه بتعريف
جامع مانع (انظر مادة ٢٤٩ مرشد الحيران) واشتروا لنفاذ البيع ملكية البائع لما يبيع
(مادة ٢٦١ مرشد) وأوقفوا بيع ملك الغير على إذن مالكه (مادة ٢٣٤ مرشد)
غير أن تعريفهم عام يشمل جميع أصناف البيوع (البيع المطلق والمقايضة والسلم
والصرف)

(١) انظر المناقشات المذكورة في بوردي المطول ص ٧

١٢ — فأخذ واضع القانون المصرى عنهم حكم البيع وهو نقل الملكية ووزجه بتعريف القانون الفرنساوى ثم وضع تعريفه السابق وعقد للمقايضة باباً خاصاً وهو الباب الثانى من الكتاب الثالث من القانون المدنى المعنون (فى المعاوضة ^(١))

أما بيع السلم والصرف فلم يتكلم عنهما القانون ولكن لما أخذ الناس يتعاملون ببيع السلم وصار لها مكاناً ممتازاً فى الأعمال التجارية اضطر الشارع لاصدار قانون معدل لقانون التجارة أجاز فيه بيع السلم ولو لم يقصد المتعاقدان منها سوى دفع فروق بسيطة (انظر قانون نمرة ٢٢ أهلى ونمرة ٢٤ مختلط سنة ٩٠٩)

١٣ — والتعريف الذى اختاره الشارع المصرى هو ما يميل لتقريره علماء القانون الفرنسية فى مؤلفاتهم فأنهم ينصون صراحة على إلزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ضاربين صفحاً عن تعريف قانونهم لابهامه كما قدمنا ^(٢)

ويمتاز تعريف القانون المصرى عن تعريف القانون الفرنساوى بأن حكم البيع والغرض منه وهو نقل الملك منصوص عليه فيه صراحة بعكس القانون الفرنساوى فإنه مستفاد دلالة ^(٣)

وهذه الصراحة لازمة لما قام من الشكوك حول نص القانون الفرنساوى وبالأخص لأن البيع فى القانون الرومانى والقانون الفرنساوى القديم لم يكن ناقلاً للملك . فالبيع الرومانى كان منتجاً لمجرد تعهدات مقتضاها أن البائع يلتزم بتسكين المشتري من حيازة المبيع حيازة هادئة والانتفاع به . وما كان الرومانيون يتصورون نقل الملك بمجرد ارتباط قانونى بل كان لا بد لحصوله من اتخاذ إجراءات مخصوصة ^(٤)

(١) هذه التسمية غير صحيحة والواجب تسميتها مقايضة جرياً على اصطلاح الفقهاء

(٢) راجع تعريف البيع للعلامة بلاتول جزء ثان ص ٤٥٩ طبعه سنة ٩٠٩

(٣) كثير من الشرائع المدنية تنص على ذلك فى التعريف (انظر قانون ألمانيا وأيطاليا فيها يلى فقرة ١٥)

(٤) هذه الاجراءات هى المسماة ١ — (*La mancipation*) وكان من مقتضاها أنه لاتمام يلزم البيع أن يحضر المتعاقدان وشهودهما ثم يحسك المشتري المبيع بيده وينطق صيغة

كذلك كان التسليم أو التقادم لازمين لنقل الملك أيضاً في عهد القانون الفرنساوى القديم ولذلك كان المتعاقدان يتحايلان على التخلص من التسليم الفعلى بتسليم صورى فينصان فى عقد البيع على أن المشتري استلم العين والواقع أنه لم يكن استلمها

١٤ — وحيث كان البيع الرومانى منتجاً لمجرد تعهدات^(١) فالفرق بينه وبين البيع الفرق بين القانون الرومانى والقوانين الحديثة بحسب القوانين الحديثة عظيم فقد كان التعهد عبارة عن التزام بعمل شىء اذا لم يف به البائع ألزم بالتعويض. وكان يجوز للبائع أن يبيع ملك الغير لأنه ليس ملزماً بنقل الملك. ولم يكن للمشتري أن يطلب بطلان البيع فى هذه الحالة مادامت حيازته ثابتة

مخصوصة يؤكد بها محقه فى الملكية ثم يضرب الميزان بسيكة من المعدن يقدمها للبائع رمزاً على دفع الثمن — ٢ — (*La cessio in iure*) وكان من مقتضاها أن ترفع دعوى صورية بين المتعاقدين فيثبت المشتري حقه فى المبيع والبائع لا ينازعه فيقضى له بالملكية وكانت هذه الطريقة تستلزم احضار المبيع اثناء الدعوى — ٣ — (*La traditio*) وكانت تقضى بوجوب التسليم واعتباره ركناً من أركان عقد البيع فلا يتم بدونه أما الآن فالتسليم من نتائج البيع (مادة ٢٦٦ أهلى ٣٣٦ مختلط) — ٤ — (*Traditio*) وهو التملك بعد وضع اليد زمناً معيناً

وهذه المناسبة نقول ان حضرة الفاضل محمد بك حافظ صاحب كتاب المقارنات والمقابلات يرى أن الشريعة الرومانية منقولة عن الشرائع الشرقية القديمة كشرائع قدماء المصريين والكلدان والسريان وغيرهم ومن يقارن هذه الاجراءات بما جاء فى باب البيع من الكتاب المذكور يرى ان هذه الاجراءات كانت تقتضيها شريعة العبرانيين فقد جاء بمادة (٢٧٨) ما يأتى: يشترط لصحة مطالبة المشتري للبائع بتسليم العين ذاتاً ان يكون قد قام بما يدل على حيازته لها بعد البيع بحضرة الشهود فان لم يكن قد فعل ذلك جاز للبائع أن يمتنع عن تسليمها اليه مقابل تعويض يؤديه ولا يجبر على التسليم قهراً ويؤخذ من ذلك أن البيع لا يتم الا بالتسليم

وجاء بمادة ٢٧٩ أن وضع اليد يكون فى المقارنات بفتح باب الدار وقفله وبخفر بعض الطين والتراب من الارض الزراعية وبماء الطريق وبالصيد من البركة وفى المنقولات بأخذ بعض الاثمار أو فروع الاشجار وبمسك لجسام الفرس وحلب البقرة أو الشاة وبالذق بمطرقة على الاشياء وغير ذلك

(١) قال مسيو بودان ان سبب ذلك راجع للحالة المدنية عند الرومانيين فانه ما كان يجوز لغير الرومانى (*Le peregrin*) ان يتمتع بحقوق الرومانى المدنية ولهذا لا يحق له الامتلاك ولما كانت ضرورة المعاملة تقضى بالتعامل مع غير الرومانى اكتفوا بجعل البيع قاصراً على تمكين المشتري من الانتفاع وكان يجوز للمشتري أن يطلب التملك من نفس البائع اذا كان الأمر ممكنأ بتوفر الشرط الآتية: ١ — أن يكون البائع مالكاً ٢ — ان يكون المشتري أهلاً للملكية ٣ — ان يكون المبيع محلاً للامتلاك (جزء البيع ص ١٢)

وينتفع بالبيع بلا تعرض أحده ولم يستحق البيع عليه

أما البيع الحالى فناقلاً للملك ويترتب على ذلك ان بيع ملك الغير باطل .
(٢٦٤ أهلى و ٣٣٣ مختلط) اذ الملكية لا تنتقل الا متى كان المال ملكاً للمالك
(٤٥ و ٩١ و ٢٦٦ أهلى و ٦٧ و ١٤٥ و ٣٣٦ مختلط) بل وأصبح معاقباً عليه
بمقتضى قانون العقوبات (مادة ٢٩٣)

والملكية تنتقل بمجرد التعاقد الا اذا كان المبيع معيناً بالنوع او كان البيع بخيار
التعيين فلا تنتقل الملكية الا بالتسليم في الحالة الاولى وباختيار أحد المبيعين في الحالة
الثانية (٢٦٧ و ٢٦٨ أهلى و ٣٧٧ و ٣٧٨ مختلط) وذلك استثناء من الاصل لان
نقل الملك بمجرد العقد متعذر

أما في القانون الرومانى فما كانت تنتقل الا باحدى الاجراءات المخصوصة السابق
ذكرها ففي حالة الامتلاك بالتسليم لا يصير المشتري مالكا الا بعد التسليم فعلاً بل
وكانت تبقى الملكية بعد التسليم للبائع اذا لم يكن دفع الثمن تأميناً لآدائه وقد استعيض
بعد عن ذلك بطريقة تقديم المشتري للبائع عيناً أخرى بصفة تأمين لحين آداء الثمن
وهذا هو أصل الامتياز الذى خول للبائع الذى لم يقبض الثمن (١)

١٥ — وقد عدل كثير من الشرائع الأوروبية الحديثة عن الأخذ بتعريف القانون
الفرنساوى فالقانون الايطالى استبدل كلمة « تسليم » الواردة في القانون الفرنساوى بكلمة
« اعطاء » المراد بها نقل الملكية والمستعملة بهذا المعنى في القانون المصرى مادة ٩١ مدنى
والقانون الألمانى أضاف على إلزام البائع بتسليم المبيع إلزامه بنقل الملك وقد لاحظنا
العلامة بلايول أن لا محل للالتزامين لأن أحدهما يكون دائماً تابعاً للآخر

التعريف في
الشرائع الأوروبية

وأما القانون الانكليزى فيقضى بأن البائع يلتزم بنقل الملك ولكن العقد لا ينقله وحده
١٦ — يتبين من تعريف القانون أنه يوجد في كل بيع عاقدان يلتزم أحدهما
بنقل ملكية المبيع ويلتزم الثانى بدفع الثمن فالأول يسمى بائناً والثانى يسمى مشترياً

صفات البيع

ويستفاد من ذلك أن البيع :

١ — من العقود الملزمة للجانبين^(١) لأنه يترتب على البيع إلزام كل عاقد بتعهد خاص يتعهد به في مقابل تعهد الآخر فالبايع يلتزم بنقل ملكية البيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن .

٢ — من العقود التي تتم بمجرد تراضي المتعاقدين^(٢)
فلا تتوقف صحتها على اجراءات أخرى كالعلانية المشروطة لصحة بعض العقود (الرهن العقاري والهبة مثلاً^(٣))

٣ — من عقود التعاوض^(٤)
فان كل عاقد يعطى للآخر عوض ما أخذ منه فالبايع يعطى المبيع ويأخذ الثمن والمشتري العكس

وقد لاحظ العلامة بودرى لاكتنرى^(٥) بأن الثمن يكون أحياناً إيراداً مرتباً لمدة الحياة أو حق انتفاع وربما يقال ان ذلك مخرج لهذه البيوع من صفة التعاوض لأن الإيراد المرتب لمدة الحياة أو الانتفاع هما من عقود الغرر^(٦) أى العقود الاحتمالية

(١) *Contrat synallagmatique*

(٢) *Contrat consensuel*

(٣) عرضت الحكومة على الدول مشروعات لتوحيد أقلام التسجيل وادخال طريقة تسجيل الحقوق أو (السجلات العقارية في مصر) بدل تسجيل العقود فإذا تم ذلك أصبح بيع العقار من العقود العلنية لأنه يشترط بمقتضى المشروع المذكور لقبول تسجيل العقد في العقارات أن يكون رسمياً وعلى هذا يكون من الوجوب تحريره بمعرفة أحد الموظفين المختصين (راجع تقرير جناب المستشار القضائي عن سنة ١٩٠٤ الملحق بالوقائع المصرية الصادرة في ٥ ابريل سنة ١٩٠٥)

وقد نص به على أن العقود التي لا تسجل بالكيفية المذكورة لا يكون لها النتائج التي تترتب قانوناً على العلنية في مسائل العقارات لأن ملكيتها بالنسبة للغير لا تنتقل الا من وقت التسجيل
(٤) *Contrat commutatif* — في كتب الشريعة يعبر عنها بعقود المعاوضات واستعملنا كلمة تعاوض احترازاً من إطلاقها على المعاوضة التي يشكك عنها القانون وكان يجب تسميتها بمقايضة لان المعاوضة تصدق على كثير من العقود كالبيع والمقايضة والاجارة وغيرها

(٥) بودرى وسينات جزء ١٩ ص ٣

(٦) *Contrat Aleatoire* — الفرقة الخطر واصطلاحاً ما تردد بين السلامة والعطب وقال بعضهم هو ما شك في حصول أحد عوضية والمقصود منه غالباً (شرح الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك جزء ٣ ص ١٣٢) ونرى أن هذه أقرب تسمية لهذه العقود

الرهونة لحظ الشخص فقد يطول أجل البائع أو يقصر فيزيد مرتبه أو ينقص عن ثمن المبيع واجيب بأن كلاً من المتعاقدين قصد أخذ عوض لما أعطى وقت التعاقد ولو كان ما سيأخذ غير محقق إلا أن صفة التعاوض على كل حال قائمة

ما يترتب على البيع ١٧ - ويترتب على البيع نقل الملك بمجرد التعاقد ولهذا يشترط أن يكون البائع مالكا للمبيع كما صرح بذلك القانون في المواد ٢٥ و ٩١ و ٢٦٦ و ٢٦٧ أهلى - ٦٧٠ و ١٤٥ و ٣٣٦ مختلط فاذا باع ما لا يملك كان البيع باطلاً (٢٦٤ - ٣٣٦) وعوقب على ذلك (مادة ٢٩٣ ع)

ولكن نقل الملك بمجرد العقد لا يتحقق إلا في الاشياء المعينة بذاتها فاذا كانت معينة بنوعها أو كان البيع بخيار التعيين فالملكية لا تنتقل إلا بالتسليم أو باختيار أحد المبيعين (٢٦٧ و ٢٦٨ - ٣٣٧ و ٣٣٨) اذ البيع في هذه الحالة يكسب المشتري مجرد حق شخصى ويجعل تعهد البائع عبارة عن تعهد بعمل شئ اذا لم ينفذه الزم بالتعويض

على أنه في حالة بيع الاشياء المعينة بذاتها يجوز الاتفاق على تأجيل نقل الملك الى وقت معين أو الى حين وقوع حادثة مستقلة وذلك لأن نص المادة ٢٦٦ لا يتماق بالنظام العام ولا خرج حينئذ من مخالفته وعلى هذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل للمشتري إلا اذا دفع الثمن وفي هذه الحالة يبقى البائع مالكا بالرغم من حصول التعاقد لان تأخير نقل الملك لا يمنع من انعقاد البيع وقد يصاح التأخير لتمكين البائع من تملك الشئ المبيع اذا لم يكن يملكه وقت البيع وفى مقابل نقل الملك يلتزم المشتري بدفع الثمن الذى يجب أن يكون من النقود والأ كان العقد مقايضة (معاوضة)

حكمه فى الحقوق المجردة ١٨ - ومما لا جدال فيه أن البيع كما يقع على الأعيان يقع على حق من الحقوق المترتبة عليها كحق الارتفاق والانتفاع والسكنى وحكم البيع فيها جميعاً واحد وهو نقل الملكية

وتقل الملكية يحصل بمجرد التعاقد بالنسبة للمتعاقدين أما بالنسبة للغير فمن وقت التسجيل وسيجيء بيان ذلك

١٩ — على أن تعريف القانون المصرى لم يسلم من الملاحظة فالتعبير بأن البيع عقد يلتزم به أحد المتبايعين نقل ملكية شئ لآخر تعبیر غير دقيق لأن نقل الملك لا يتوقف على تعهد يقوم البائع بتنفيذه وإنما هو حالٌ وحاصلٌ بمحصول التعاقد اذ مجرد التراضى يجعله واقعاً^(١) وما يحصل بعد ذلك هو التسليم وهو أمر خارج عن مسألة نقل الملك^(٢)

٢٠ — كذلك نلاحظ على مادة ٢٣٥ أهلى خلافاً بين النصين العربى والفرنساوى في حين انطباق النص الفرنساوى لمثيله في القانون المختلط فقد جاء بالنص العربى بعد قوله دفع الثمن عبارة « المتفق عليه بينهما » مع أن ترجمة العبارة الفرنسية المقابلة لها هي ما يأتي « دفع ثمنه الدال على القيمة التي قدر المتعاقدان بها المبيع » والظاهر أن هذا الخلاف سرى لواضع القانون الأهلى من نقل هذه العبارة بغير تدقيق عن الترجمة العربية التي وضعت للقانون المختلط وقت صدوره وطبعت بالمطبعة الاميرية سنة ١٢٩٠ هجرية وهي ترجمة بها بعض التحريف الذي لا يسأل عنه واضع القانون المختلط لأنه وضع قانونه باللغة الفرنسية

وانى أعنى بذكر هذا الخلاف لاعتقادي بأن التعبير المستعمل في النص العربى فضلاً عن اقتضائه فانه مبعد لغرض الشارع من ابراده عبارة لم تكن واردة في القانون الفرنساوى الناقل عنه ولا بد أن يكون أراد بها شيئاً خاصاً . يدل على ذلك أن التقييد بالاتفاق على الثمن قد تكلم عنه القانون في المادة التالية مباشرة وهي الموضع اللائق به لأن المراد منها بيان أركان البيع وشروط انعقاده فلم يكن من محل لذكر أحد الأركان في التعريف خصوصاً وان في ذلك تكراراً لا داعى له

٢١ — وانا وان جهلنا فكرة الشارع من اضافته هذه العبارة لعدم وجود مذكرات ^{مراد المقنن من عبارته} أو تقارير بأعماله التحضيرية ولكن يمكننا أن نستنبط مراده كما يأتي :

(١) انظر مادة ٢٦٦ — ٣٣٦ (٢) راجع دو هلس جزء رابع فقرة ٤٢٩

أولاً — أراد أن يجعل هذه العبارة بمثابة تعريف للثمن وهي صالحة لذلك بحجارة لتعريف في الشريعة الإسلامية

جاء بمادة ٣٢٠ مرشد الحيران أن الثمن هو ما تراضى عليه العاقدان سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص وجاء بمادة ١٥٣ من المجلة أن الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضى سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية أو ناقصاً عنها أو زائداً عليها

ثانياً — أن يضمن التعريف نص المادة ١٥٩١ من القانون الفرنسي القاضى بأن تقدير الثمن وتعيينه يكون بمعرفة العاقدين ويتفرع على ذلك :

- ١ — ان يكون حق تقدير الثمن في القانون المصرى للعاقدين
- ٢ — وأن تكون لها الحرية في التقويم زاد تقديرهما عن القيمة الحقيقية أو نقص وهو مبدأ تقتضيه سرعة حركة التجارة وتسهيل تداول الأموال
- ٣ — أنه ليس للعاقدين ابطال البيع بغبن يسير أو فاحش (وسياثى الكلام في موضعه على طلب تكملة الثمن في حالة بيع عقار القاصر بثمان فاحش ٣٣٦ أهلى و ١٩ ء مختلفا)
- ٤ — ان يكون الثمن حقيقياً ويخرج بهذا القيد الثمن العسورى والثمن التافه (راجع تعريف ذلك في الكلام على الثمن)

الفرع الثانى فى الفرق بين البيع والعقود المشابهة له

٢٢ — اطلق القانون للعاقدين الحرية فى مباشرة تعهداتهما بحسب ما يقع عليه اتفاقهما ما دام الاتفاق لا يخرج عن حدود النظام العام والآداب فأباح لهما استعمال ما أرادا من العبارات واختيار ما شاآ من الألفاظ والمسميات ولم يستلزم استعمال ألفاظ مخصوصة للعقاد بحيث اذا أهملها المتعاقدان ولم يستعملوها كما وضعت كان العقد ملغى كما كان الأمر فى عهد القانون الرومانى وبعض القوانين القديمة

نشأ عن هذه القاعدة التي قررتها المادة (١٣٨-١٩٩) وتبعاً لانتشار حركة التجارة واتساع دائرة المعاملات ان ظهرت عقود تشترك بين البيع وغيره من العقود المعروفة الاخرى فيشتبه الأمر بين العقدين ويكون من المحتم البحث عن حقيقة نوع العقد ليعطى حكمه فاذا كان بيعاً سرى عليه حكم البيع وان كان هبة أو وصية أو اجارة او وكالة او غيرها جرى فيه حكم هذه العقود

لهذا يتعين علينا ان نشير لأهم الاتفاقات التي يكثر حصولها بهذه الكيفية ونبين اراء المحاكم بشأنها ثم تتبع ذلك بالروابط العمومية التي يجب أن تكون رائداً لكل مفسر في تأويله وضابطاً لكل قاض في حكمه

٢٣ — كثيراً ما يختلط الأمر بين اعتبار المشاركة بيعاً أو مقايضة في حالة دفع الاشتباه بالمقايضة أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود بصفة فرق بدل وهذه مسألة اختلفت فيها الآراء كثيراً

والرأى الراجح هو اعتبار مثل هذا العقد مقايضة إلا في حالة ما اذا تبين أن المبلغ المدفوع بصفة فرق يربو كثيراً على الشيء الذي أعطاه دافع الفرق عوضاً وأن الغرض الحقيقي من التعاقد هو الحصول على المبلغ

كذلك يشته الأمر في حالة ما اذا أعطى شخص عقاراً في نظير منقول قابل لاستبداله بالنقد . كييع يت بثن نصفه نقد ونصفه أوراق ذات قيمة كأسهم شركة من الشركات وقد حكمت محاكم فرنسا بأن هذا العقد يعتبر مشتركاً بين البيع والمقايضة ولكن محكمة النقض الفرنسية حكمت باعتباره بيعاً لاشتماله على الاركان المكونة

للبيع — تمليكات دالوز على مادة ١٥٨٢ جزء ٤ ص ٢ فقرة ٢٠

ومزية هذا البحث تظهر في الشفعة فاذا اعتبر العقد بيعاً جازت والأ فلا

٢٤ — قد يشته الحال أيضاً بين الايجار والبيع وكثيراً ما يشاهد ذلك في المشاركات التي تعقدها بعض الشركات التجارية مع من يتعاملون معها (كشركة سنجر التي تباع ماكينات الخياطة وشركة مصر الجديدة في بناء المنازل وشركة جنائن

الاشتباه
بالايجار

القبة) والعقود التي تتم بهذه الصفة تسمى عقوداً دائرة بين الاجارة والبيع^(١) وأهمية هذا التفريق تظهر بالأخص فيما يتعلق بالتصرف في المبيع فاذا لم يعد العقد بيعاً اعتبر التصرف في المبيع خيانة امانة أو نصباً على حسب الأحوال وعوقب المتصرف بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها قانوناً كما يختلف حكم كل عقد بحسب الوصف الذي يلحقه بيعاً كان أو اجارة فلكل من العقدين أحكام خاصة أهمها أن المستأجر لا يملك غير المنفعة ولا يدفع الايجار الا عند انقضاء كل مدة من مدد الانتفاع . لم يوجد شرط يخالف ذلك (مادة ٢٨٠ - ٤٥٠) ولكن المشتري يمتلك العين ويجب عليه دفع الثمن فوراً الا اذا اشترط التأجيل وغير ذلك من الفروق التي قررها الشارع لكل منهما فاذا اعتبر العقد اجارة سرى عليه حكمها واذا اعتبر بيعاً طبقت عليه أحكام البيع

وقد تناقضت الاحكام الصادرة من المحاكم الفرنسية بشأن هذه الاتفاقات وربما جاء التناقض في بعض الأحيان من اختلاف النصوص التي استعملها المتعاقدان وعلى هذا وجب أن نبين مع سرد تلك الأحكام نصوص الاتفاق الصادرة بشأنه حتى يصح القياس عليها

٢٥ — أولاً — حكم بأن الاتفاق المسمى بين المتعاقدين باسم « ايجار » ومشتراط فيه : أن يسلم أحد المتعاقدين الشيء المعقود عليه (آلة زراعية أو يياتو أو فذوغراف وغيره) وان الثاني يدفع ثمنه أقساطاً شهرية حتى اذا قام المستأجر بسداد جميع الأقساط في مواعيدها يصير مالكاً حتماً للشيء المعقود عليه بغير التزام بدفع مبلغ آخر من الثمن يعتبر بيعاً معلقاً على شرط فاسخ وليس ايجاراً . مقرونًا بالوعد بالبيع أو معلقاً على شرط موقف لايجاد البيع — تعليقات دالوز فقرة ٢٤ مادة ١٥٨٢

٢٦ — لأن مثل هذه الاشتراطات منافية لطبيعة عقد الايجار وبالعكس

شاملة لجميع عناصر البيع وهي الاتفاق على المبيع والثمن وتسليم الشيء
(بانديكت جزء ٥٩ فقرة ٤٨ — بيع)

(١) تعرف هذه العقود في اللغة الفرنسية باسم « location - vente »

٢٧ — كذلك حكم باعتبار مثل هذا الاتفاق بيعاً ولو ذكرت به شروط يلتزم بها في العادة المستأجر لا المشتري — تطبيقات دالوز فقرة ٢٧ مادة ١٥٨٢

٢٨ — واعتبر الاتفاق المشروط فيه الدفع أقساطاً . وفي حالة التأخير عن دفع أحد الاقساط يفسخ الاتفاق . بيعاً مقترناً بشرط فاسخ^(١) ولو صرح العاقدان في الاتفاق بأنها اجارة فان نوع العقد لا يتعين بالوصف الذي يصفه به المتعاقدان وانما يتعين بالمعنى المقصود منه والنتائج المترتبة عليه — باندكت جزء ٥٩ فقرة ٤٧ بيع ويترتب على ما تقدم انه لو باع المسلم الشيء المسلم اليه فلا يعد خائناً للامانة لأنه لم يسلم اليه على سبيل الاجارة . ولا نصاباً لانه لم يتصرف في شيء غير مملوك له . (مادتا ٢٩٣ و ٢٩٦ عقوبات)

٢٩ — وجامع هذا الرأي هو أن كل اتفاق على اعطاء شيء لآخر في مقابل دفع أقساط في أوقات معينة بصفة ايجار ومنصوص فيه على أن المستأجر يصبح مالكا للشيء بعد دفع الاقساط يعد بيعاً ولو أطلق المتعاقدان عليه اسماً آخر فان طريقة الدفع لا تغير صفة العقد . والغرض هو جعل المسلم للشيء مالكا له تحت شرط دفع أقساطه وفي العادة يكون بيعاً بشرط موقف لايجاد البيع

٣٠ — ثانياً — قد يتفق أن يكون قصد المتعاقدين هو جعل الاقساط التي يدفعها مسلم الشيء في مقابل الانتفاع بالشيء المقود عليه الى أن يدفع آخر قسط ثم يصبح مالكا له ففي هذه الحالة ينبغي مراعاة قصدهما وتعيين نوع العقد بالصفة التي ارادها وأن يعتبر الاتفاق الذي يكون من هذا القبيل اجارة بشرط فاسخ وبيعا بشرط موقف (أي يعطى له الصفتان معاً) وذلك لأنه لا يجوز للمستأجر أن يدعى امتلاك الشيء المسلم الا بعد دفع آخر قسط حسب الاتفاق — تطبيقات دالوز فقرة ٢٨ مادة ١٥٨٢

٣١ — واخذاً بهذا الرأي حكم بأن الاتفاق الحاصل بكيفية أن مالك المعمل الذي يؤجره بالأدوات والمهمات المستعملة به ومنصوص فيه على أن الآلات

(١) Pacte comissoiro

لا تعتبر ملكاً للمستأجر إلا بعد أن يدفع مبلغاً معيناً يعد اجارة بشرط فاسخ أو بيعا بشرط موقف ولكن لا يعتبر بيعاً نهائياً وعلى هذا تبقى الأدوات لحين تحقق الشرط ملكاً للمؤجر وتعتبر مالاً ثابتاً ملحقاتاً بالعقار طبقاً لنص المادة ٤ من القانون المدني بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به — باندكت ٥٩ ج ٥٩ بيع

٣٢ — وان الاتفاق على تأجير آلة تجارية لزم وبأجر معينين المطلق عليه اسم « وعد بالبيع » ولكن مشروط فيه أنه يجوز للمستأجر أن يشتريها في أثناء مدة الايجار بثمن معين يخص منه قيمة الأجرة السابق دفعها لا يعد بيعاً لأجل يؤخذ عنه رسم البيع وإنما يعتبر اجارة مقترنة ببيع تحت شرط ويستحق عليه رسم الايجار فقط . . . « باندكت فقرة ٥٨ جزء ٥٩ بيع »

٣٣ — وبأنه لو صنعت إحدى الشركات آلات (كتركيب وابور أو أدوات حليج) وسلمت بصفة ايجار مشروط فيه أن صاحب العمل لا يملك الأدوات المسماة اليه إلا بعد سداد جميع الأقساط فهذا الاتفاق يعتبر ايجاراً مقترناً بالوعد بالبيع ولا يمكن اعتبار الشرط شرطاً فاسخاً وعلى هذا لا تعتبر هذه الأدوات قبل دفع الاقساط المتفق عليها مالاً ثابتاً ملحقاتاً بالعقار وبالتالي لو رهن المالك العقار المقامة عليه هذه الأدوات فإنها لا تدخل ضمن الرهن — باندكت فقرة ٦٠ ج ٥٩ بيع

٣٤ — والاتفاق على أن يكون للمستأجر الخيار في شراء الشيء المؤجر بعد انتهاء مدة الايجار في مقابل دفع مبلغ معين لا يجعله مالكا له إلا بعد انتهاء الايجار ودفعه المبلغ المذكور لأن هذا الخيار يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن الايجار بمعنى أنه لو أشهر افلاس المستأجر في الاثناء فلا مؤجر حق طلب الشيء المسلم اليه وسحبه من التفليسة . . . « باندكت فقرة ٦٣ ج ٥٩ بيع »

٣٥ — وقد حكم في الحالة المذكورة في الفقرة نمرة ٢٥ السابقة بأن الاتفاق يعتبر ايجاراً مقترناً بالوعد بالبيع كما حكمت بذلك بعض المحاكم . أو بيعاً مصحوباً بشرطين أولاً شرط موقف لايجاد البيع وهو دفع الثمن بعد أقساط معينة وثانياً شرط دفع

قيمة الاجارة الملازمة للبيع والتي تنتهى بدفع آخر قسط بيننا يتحقق شرط البيع ويتم بهذا الدفع — تعليقات دالوز فقرة ٣٢ مادة ١٥٨٢

وعلى هذا رأى الأخير لا تنتقل الملكية الا بعد تمام دفع الأقساط بحيث اذا لم يدفع آخر قسط فلا يزال مستلم الشيء مستأجراً ملتزماً بالتعهدات المفروضة على كل مستأجر فى القانون. ولا يعد مشترياً بحيث اذا بدد الشيء كان خائناً للأمانة أو تصرف فيه كان نصاباً ومستحقاً للعقاب — تعليقات دالوز فقرات ٣٣ و ٣٤ — مادة ١٥٨٣

الاشتباه باجارة
ارباب الصنائع

٣٦ — قد يشتبه البيع أيضاً باجارة الصناعة . وقد حكم بأن الاتفاق الذى يتعهد به شخص بتسليم عقار شامل للأرض وللبناء المقام عليها بناء على رسم ومقايضة وافق عليها الطرف الآخر فى مقابل دفع ثمن معين يعد بيعاً لا مجرد تعهد بعمل شئ — « تعليقات دالوز فقرة ٤٦ مادة ١٥٨٢ »

٣٧ — والاتفاق الذى من مقتضاه بناء مركب يقوم الصانع بكل ما يلزمها من الادوات والعمل والصناعة يعد بيع سلم^(١) لا اجارة صناعة بمعنى أن الصانع يبقى مالكا للمركب حتى يسلمها لطالبيها — تعليقات دالوز فقرة ٤٧ مادة ١٥٨٢

الاشتباه
بالتوكيل

٣٨ — كذلك يشتبه بالتوكيل وفى هذا الصدد حكم بأن الاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص بأن يشرك آخر فى عقار معروض للبيع بالمزاد اذا رسا مزاده عليه لا يعد توكيلاً صادراً للمتعهد بالشراء لحساب المتعهد له وانما يعتبر وعداً بالبيع أو تعهداً بتنازله عن بعض ما يؤول اليه بالمشتري من المزاد — تعليقات دالوز ٥٠ مادة ١٥٨٢

الاشتباه بهبة
بعوض

٣٩ — فى هذا المقام حكم بأنه اذا كان العوض قابلاً لتقدير قيمته نقداً ومساوياً لقيمة الشئ المعطى يعتبر بيعاً — تعليقات دالوز ٦٣ مادة ١٥٨٢

فالبيع الحاصل من الآباء للأبناء فى مقابل عوض مفروض على الأبناء ومساوٍ لقيمة ما أخذوه من آبائهم يعد بيعاً — تعليقات دالوز فقرة ٦٤ مادة ١٥٨٢

(١) فى الاصل الفرنساوى Vente à livrer أى بيع مؤجل تسليم المبيع فيه وقد اخترنا أن نطلق عليه اسم « بيع السلم »

٤٠ — للمحكمة أن تبحث في ماهية العقد وأن تعدده عقد هبة اذا ظهر أن المتعاقدين قصداً ذلك بأن كتب المشتري ورقة يقول فيها أنه لا يجوز له التصرف ولا وضع اليد إلا بعد وفاة البائع وأن للبائع حق الرجوع في البيع — الاستئناف ١٦ فبراير سنة ٩١٠ — الاستقلال ص ٢٦٦ سنة ٧
تنبيه — الظاهر ان شرط الرجوع وعدم التصرف إلا بعد وفاة البائع يجعل العقد أقرب الى الوصية منه الى الهبة

الاشتباه بالصلح ٤١ — معلوم أن الصلح يتشكل بأشكال مختلفة منها البيع وعلى هذا يكون من المتعين بيان حقيقة العقد المعنون بالصلح

وقد حكم بأنه اذا تنازل شخص لآخر عن عقار غير متنازع فيه مقابل تنازل ذلك الآخر عن حقوقه التي يدعيها على العقارات موضوع النزاع أو ترك شخص حقه الذي يدعيه على أعيان مقابل مبلغ من النقود كان ذلك بيعاً تاماً وترتب عليه نتائج البيع ولو لم تذكر ألفاظ البيع في الشروط — تعليقات دالوز ٦٩ مادة ١٥٨٢
٤٢ — وهذا الرأي موافق لنص المادة ٥٣٩ مدني أهلي (٦٦١ مختلط) التي قضت بأن الأصول الموضوعة للصلح لا تجرى إلا اذا كانت موافقة لنوع العقد المعنون بالصلح متى تبين أنه متضمن في نفس الأمر بيعاً أو هبة أو غيرها أيأ كانت الالفاظ المستعملة فيه

٤٣ — وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الصلح الذي يحصل بين خصمين يدعي أحدهما أنه مالك للأطيان المتنازع عليها بعضها بطريق الشراء وبعضها بمضي المدة الطويلة ويدعي الآخر أنه يملكها بطريق الميراث ويكون مضمون الصلح أن مدعى الملكية بالميراث يتنازل عن دعواه مقابل مبلغ من النقود وعن كل دعوى وطلب آخر قبل خصمه ويبرئه من كل حق آخر وخصمه يبرئه كذلك من كل حق له قبله لا يعد بيعاً للعقارات التي حصل الصلح عنها وإنما صلحاً عن حق متنازع فيه وعلى هذا لا يجوز طلبها بالشفعة — راجع حيثيات حكم الاستئناف الرقم ٢٥ ابريل سنة ٩٠١ مجموعة رسمية سنة رابعة نمرة ٢٦ ص ٦١

٤٤ — ومتى اعتبر الصلح بيعاً لزم البائع ضمان الشيء المتنازل عنه كما لزمه غير

ذلك من احكام البيع

٤٥ — حكم في هذا الصدد بأنه اذا باع شخص جزءاً من منزله الى زوجته وبناته الاشتباه بالوصية

بمقتضى عقد عرقى مسجل واشترط فيه انه تنازل عن الثمن المتفق عليه وان الحصة

المذكورة تبقى في ملكيته وتحت حيازته لحين وفاته : —

فهذا العقد يجب اعتباره عقد وصية لأن التملك فيه مضاف الى ما بعد

الموت وبلا عوض وانه لكونه محرراً لصالح بعض الورثة فهو غير نافذ لعدم اجازته

من باقى الورثة — حكم محكمة طنطا الاستثنائى ٧ ديسمبر ١٩٠٩ نمرة ٤٥ ص ١٢٥

مجموعة رسمية سنة ١١

٤٦ — باع والد لولده قطعة أرض في مقابل مائتي جنيه بمقتضى عقد مسجل

وتحرر بينهما في الوقت نفسه عقد آخر اتفقا فيه على أن لا يضع الولد يده على

المبيع الا بعد وفاة أبيه وأن يقوم بخدمته وطاعته فان أخل بشيء من ذلك فلا حق

له في وضع يده على الارض المبعة له والمحكمة قررت : —

اعتبار التصرف الحاصل بينهما وصية وان للوالد حق الرجوع فيها بناءً على ذلك

« محكمة الزقازيق الابتدائية ١٦ ديسمبر ١٩٠٩ نمرة ٤٧ ص ١٣٧ مجموعة رسمية سنة ١١ »

٤٧ — تعاقد والد مع أبنائه بمقتضى عقد مسجل على أنه باع لهم أملاكه المينة

بالعقد وسلمها اليهم وقبض ثمنها وان لهم كامل حقوق التصرف فيها وأن ينقل تكليفها

لاسئهم ويدفعوا ما هو مقرر عليها من الضرائب . وتعاقد معهم أيضاً بمقتضى عقد

آخر مسجل تحرر في نفس اليوم الذى تحرر فيه العقد الاول على أنه ليس لهم ما دام

والدهم على قيد الحياة حق التصرف في هذه الأملاك بالبيع او الرهن أو الاجارة أو

الوقف وان جميع الربح يكون تحت تصرف والدهم ما داموا معه في معيشة واحدة

وانه اذا اختصوا بزراعة الارض لأنفسهم أو حصل تفريق بينهم وبين والدهم في

المعيشة كانوا ملازمين بدفع مبلغ معين لوالدهم في كل سنة ما دام حياً

والمحكمة قررت : — ان العقد الأول يعتبر عقد بيع والثانى يعتبر تنازلاً عن

حق الانتفاع أو ترتيب إيراد مقيد بمدة الحياة وإن العقدين لا يمكن اعتبارهما وصية لأن الوصية فضلاً عن كونها دائماً بلا مقابل فإنه يشترط فيها أن تبقى الملكية مع الموصى حتى الوفاة وهنا قد انتقلت الملكية إلى أولاده بقطع النظر عن القيود التي قيد بها حقهم في الانتفاع بالأعيان — الاستئناف الإلهي ٢٣ فبراير سنة ٩١١ سنة ٨٢ مجموعة رسمية ١٢

٤٨ — حكم في هذا الموضوع بأن للقاضي أن يفسر عقداً يتمسك به أحد الخصوم بالمعنى الحقيقي الذي قصده المتعاقدان وله حينئذ أن يحكم بأن العقد إنما هو عقد قرض بالربا في صورة عقد بيع فإذا حكم القاضي بذلك أمر بتنقيص المبلغ الوارد في العقد بحيث لا يقبض المقرض من الفوائد إلا أكبر مبلغ يبيح القانون الاتفاق عليه « محكمة استئناف الجزئية ١١ أبريل ٩٠٥ نمرة ٤١ مجموعة رسمية س ٨٨ س ٧ »

الاشتباه بالقرض
الحق للربا

٤٩ — ذلك طرف من الآراء الخلافية في المسائل المشبهة مع البيع تقتصر على إرادته إذ من التعسف محاولة الإلزام بجميع الأحكام والآراء وهي شتى ومن المستحيل احصاؤها عدداً ولكننا نشفعها بهذه القاعدة العامة :

يتبين مما تقدم أن المحاكم غير مقيدة بالأسماء والأوصاف التي يسمى أو يعصف التعاقدان بها تعهداتهم بل عليها أن تعرفها بحقيقتها الحقيقية ومراد المتعاقدين منها طبقاً للقاعدة التي قررتها المادة ١٣٨ أهلي (١٩٩ مختلط) وقاضية بوجوب تفسير المشاركات بحسب الغرض الذي يظهر أن المتعاقدين قصدها منها مهما كان المعنى اللغوي للالفاظ المستعملة وذلك بمراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري

٥٠ — وحكمت المحاكم تبعاً لهذا المبدأ بأن لها الحق في تفسير العقود بنظر أن تكون مقيدة بالأسماء التي أعطاها المتعاقدان لها — استئناف الزقازيق ٢ مايو سنة ١٩٠٦ محاكم ١٧

٥١ — بشرط أن تتحرى الصفة الحقيقية لها وقصد المتعاقدين منها . .

« بورلي . مختلط ٢٠ يناير سنة ٨١ »

٥٢ — ولكن لا محل للتأويل إلا عند احتمال الالفاظ لعدة معان . فإذا كان

- نص الاتفاق صريحاً خالياً من اللبس فلا مساع للتأويل — الاستئناف الاهلى ٦ فبراير سنة ٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥ والاستئناف المختلط ١٨ يناير سنة ٨٧٧ بورلى ص ٩٥
- ٥٣ — ولها أن تستعين في التأويل بطريقة التنفيذ التي نفذ المتعاقدان بها الشروط ان كان حصل التنفيذ — بورلى استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٨٧٨ ص ٩٥
- ٥٣ — وان لا تأخذ بالمعنى اللغوى للالفاظ المستعملة في المشاركة متى كانت تخالف مخالفة صريحة لشروطها — بورلى استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ — مادة ١٩٩
- ٥٥ — ويشترط أن لا يؤدي تفسيرها لتغيير صفة الاشتراطات المقصودة منها — « مجموعة دالوز عن احكام المحاكم ص ٤٥٧ »
- ٥٦ — وان تراعى في التفسير عند قيام الشك الوجه الذى يساعد ما أمكن على صحة المشاركة — استئناف مصر ٢٩ مارس ١٩٠٢ مجموعة رسمية ٥ ص ١٩٢
- ٥٧ — وفي فرنسا يؤدي تغيير الصفة الاستفادة من العقد بأن تصفه المحكمة بصفة عقد آخر الى جعل الحكم قابلاً للنقض — دالوز فقرة ٧٦ جزء ٤ بيع
- ٥٨ — فتمت روعيت القواعد السابقة واستعملت اصاله الرأى وسلامة النظر في تقدير الوقائع أمن الباحث الزلل وضمن الابتعاد عن مواقع الخطأ والخلل. وهذه المبادئ يجمعها في الشريعة الاسلامية تلك القاعدة المعروفة وهى : العبرة للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني وكل اتفاق مبنى على معنى التملك أو التملك يعد بيعاً (مادة ٢٥١ مرشد الحيران) والحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الأمر (مادتا ٢ و ٣ من مجلة الأحكام الشرعية)

الفرع الثالث — فى حكم البيوع السابقة على القانون

- ٥٩ — لا نزال نشاهد أن للمتقاضين فائدة ظاهرة فى التمسك بالبيوع التى تمت قبل العمل بالقانون لهذا وجب علينا أن نتكلم على حكمها وان كان فى الحقيقة مرجع ذلك متعلقاً بموضوع مريان القوانين على ما سبقها من الحوادث فنقول :

قضت المادة الثالثة من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (مادة ٤٠) لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و ٢٠٢ مدني مختلط) بأن أحكام القوانين والأوامر لا تسرى إلا على الحوادث التي تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ما لم يكن منبهاً عن ذلك بنص صريح فيها

٦٠ — ومعنى ذلك أن القوانين الأهلية (أو المختلطة) لا تسرى على البيوع الحاصلة قبل العمل بها

٦١ — فما هي الشريعة الواجب اتباعها اذن لجسم ما يطرأ من النزاع الآن أمام القضاء بشأن عقود البيع المذكورة ؟

لم تتردد المحاكم في الحكم بأن الشريعة الواجب اتباعها في هذه الحالة هي الشريعة الإسلامية لأنها كانت شريعة البلد وذلك تطبيقاً للمبدأ الوارد بالمادة السابقة -

« استئناف قنا سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ صحيفة ٣٤٨ والمختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ سنة رابعة ص ٢١٦ »

٦٢ — وبأن لا تسرى أحكام القوانين على ما سبقها من الحوادث فاذا حصل نزاع بين متعاقدين كان الحكم فيه بحسب القانون الذي كان معمولاً به وقت العقد لا وقت النزاع — استئناف أملي ١٩ مايو سنة ١٨٩٤ حقوق ٧ ص ١٠٥ وجلاذ مادة ٣ ترتيب المحاكم

٦٣ — وذلك لأن المتعاقدين يتعاقدان بملاحظة الأحكام المنصوص عليها بالنسبة لعمليهما في القانون النافذ عليهما والمعروف لسيهما وقت التعاقد - استئناف ١٠ ابرو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٨ ص ١٣١ وجلاذ مادة ٣ ترتيب المحاكم ٧

٦٤ — فكل بيع حصل وفقاً للشريعة الإسلامية يعتبر حجة بين المتعاقدين وعلى الغير ولو كان من جنسية أجنبية - مختلط ١٨ يونيو ١٨٩١ ص ٢ س ٤٠٥ فقرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى

٦٥ — اذ الشريعة الإسلامية كانت سارية على جميع الاشخاص بلا فرق بين جنسياتهم وطينين كانوا أو أجنبان وكل تراض يقع بين الخصوم فيما عدا الأراضى الخراجية يجعل البيع تاماً وصحيحاً قبل الغير وتسليم حجة البيع لم يكن لازماً إلا لثبوته لا لنقل الملك - مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٨٨٨ فقرة ٤٦٥٩ مجموعة أولى

٦٦ — والبيوع الصادرة قبل انشاء المحاكم كانت خاضعة للقوانين العثمانية^(١) وهي لا تشترط لصحتها غير الرضاء ولو مشافهة من البائع والمشتري بالمبيع والثمن ولم تنص على شيء فيما يتعلق بنقل الملك والاحتجاج به على الغير بحسب الأوضاع المقررة في الشرائع الحاضرة

وتسجيل هذه العقود لم يفرضه القانون المختلط فهي حينئذ عقود صحيحة يحتج بها على الغير ولو لم يكن المشتري موقعاً عليها وليس لها تاريخ ثابت بالتسجيل ما دام يظهر أنها لم تحصل بطريق الغش — مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ فقرة ٤٦٦١ مجموعة أولى

٦٧ — كذلك حكم بأن عقد البيع السابق حصوله على انشاء المحاكم المختلطة وصادر على يد شهود أمام السلطة الدينية التابع لها المتعاقدان^(٢) وبغير توقيع من البائع والمشتري طبقاً للعرف الذي كان جارياً وقتئذٍ يعتبر صحيحاً خصوصاً إذا تبين ان العقد نفذ عقب حصوله واستولى المشتري على المبيع بحيث انه لا يزال باقياً تحت يد من تلقوا الحق منه — مخطوط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ — ص ١٤ ص ١٠١ فقرة ٤٣٣٢ مجموعة ثانية

٦٨ — وبأن قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك المخصصة للمنافع العمومية لم تكن معروفة في مصر قبل صدور القانون المدني ومن ثم فليس للحكومة أن تدعى ملكية أرض لم تدفع لها ثمناً بناء على أنها كانت منذ خمسين سنة مخصصة للمنافع العمومية وان الحكومة باعها بدون حق قبل العمل بالقانون المدني — الاستئناف الاهلي أول ابريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية نمرة ٧٧ سنة ١٤

٦٩ — وقصارى القول يجب مراعاة قاعدة احترام الحقوق المكتسبة واتباع أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين التي كان معمولاً بها كاللائحة السعيدية وغيرها فيما ينشأ من النزاع قبل اصدار القوانين سواء كان ذلك فيما يختص بشكل عقود البيع المذكورة

(١) من المعلوم أن المتبع في بلاد الدولة العلية هي مجلة الأحكام العدلية الشهيرة

(٢) كانت تحصل هذه العقود عادة في المحكمة الشرعية وشهود ان بعضها كان يحصل على يد مأذون البلد

أو موضوعها . بشرائط صحتها أو بطلانها . بطرق اثباتها أو فسخها أو غير ذلك من الشروط .

وذلك بغير نظر لما عساه يطرأ من خلاف في الحكم بينها وبين القانون فانه بحسب الأحكام السابقة على القانون لم تكن هناك حاجة لتسجيل عقود البيع — « مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٨٦ بورلى مادة ٢ والأحكام السالفة »

٧١ — والبيع السابق على القانون يكون حجة على الغير ولو لم يسجل خلافاً للقاعدة المقررة في القانون — مختلط ٢ مارس سنة ١٨٨٢ والأحكام السابقة

٧٢ — وتفسر عقود البيع طبقاً للقانون الذى صدرت في عهده (أى الشريعة الاسلامية) ونجرى فيها أحكامه — تعليقات دالوز فقرة ٧٩٩ مادة ٢ مدنى

٧٣ — والحق الذى يكون معلقاً على شرط فاسخ لم يتم الا في عهد القانون ينتج مفعوله ولو كان القانون الجديد لا يميز ذلك — تعليقات دالوز فقرة ٨٢٠ مادة ٢ مدنى

٧٤ — وكذلك يتبع في فسخه أحكام الشريعة فاذا كانت تميز الفسخ وأبطله القانون سرى حكم الشريعة — قارن تعليقات دالوز فقرة ٨١٤ مادة ٢

٧٥ — تلك هى القواعد العامة وبدونها ما كان للناس أن يأمنوا على معاملاتهم أو يطمئنوا على حقوقهم فما كان لأحد أن يعلم الغيب فيتنبأ بما تأتى به القوانين الجديدة فيراعى أحكامها ويحتاط لأوامرها ونواهيها ويعرف محلاتها ومحرماتها وانما يعرف ما صدر من القوانين ووجب عليه العلم والعمل به



الفصل الثاني

في انعقاد البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٣٦ أهلى — لا يتم البيع الا اذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه (تطابق ٣٠١ مختلط)

مادة ٢٣٧ أهلى — يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة . انما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

مادة ٣٠٢ مختلط — يجوز أن يكون البيع بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى
مادة ٣٠٣ مختلط — ويجوز أن يكون البيع مشافهة أو بلاشارة وانما فى حالة الانكار الباقى مطابق لمادة ٢٣٧ أهلى

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٠ مرشد الحيران — لا يصح البيع الا برضى المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وتعيين الثمن والمثلن الا اذا كان لا يحتاج معه الى التسليم والتسلم فانه يصح بدون معرفة قدر المبيع

مادة ٢٥١ منه — ينعقد البيع بايجاب وقبول أى بكل لفظين منبئين عن معنى التمليك والتملك
مادة ٢٥٢ منه — كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطأ يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكتابة ويشترط القبول فى مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه فلو كتب الى رجل اشترت عبدك هذا بكذا فكتب اليه رب العبد بعته منك كان بيعاً . وينعقد البيع ايضاً بلاشارة المعروفة للأخرس

مادة ٢٥٣ منه — يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطى ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يعرض البائع مع التعاطى بعدم الرضا

(راجع أيضاً ١٦٧ و ١٦٨ و ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٦ من المجلة)

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٣ — اذا حصل التراضى على الثمن والمبيع تم البيع بين المتعاقدين وانتقل ملك المبيع بحكم القانون للمشتري بالنسبة للبائع ولو لم يحصل تسليمه ولا قبض الثمن
مادة ١٥٨٢ فقرة ثانية — ويجوز أن يكون (أى البيع) بعقد رسمى أو عرقى

الفرع الأول — في أركان الانعقاد وفيما ينعقد به البيع

اركان الانعقاد ٧٦ — ينعقد البيع بتوفر ثلاثة أركان وهي :

١ — تراضى المتعاقدين اذ لا يتم تعاقد بغير رضاء (لا إزام بلا إزام)

٢ — ومبيع — وهو محل التزام البائع

٣ — وثمن — وهو محل التزام المشتري

فتى توفرت هذه الأركان ثم البيع طبقاً لنص المادة (٢٣٦ أهلى — و ٣٠١ مختلط) السالف الذكر

٧٧ — يزيد بعضهم شرطاً رابعاً وهو اتصاف المتعاقدين بالأهلية الشرعية ولكن الأهلية شرط صحة لا شرط انعقاد فبيع عديم الأهلية ينعقد بتوفر الأركان الثلاثة السابقة ولكن انعقاده يكون قابلاً للإبطال (مادة ١٣١ — ١٩١)

٧٨ — ولاحظ الأستاذ بلانيول ان انعقاد البيع يتوقف أيضاً على اتفاق المتعاقدين على جميع الشروط التى علق عليها تراضيهما (راجع فقرة ١٣٥٤ ص ٤٦٠ جزء ثان) وهى ملاحظة صائبة وان كانت داخلة فى عموم التراضى لأن ما يصدق على الكل يصدق على البعض

٧٩ — والبيع ينعقد بمجرد تراضى المتعاقدين سواء ورد على منقول أو عقار لأنه من عقود التراضى (مادة ٢٣٦ — ٣٠١) — انظر فيما يلى فقرة ٨٩ وما بعدها وهذا حكمه أيضاً فى الشريعة الاسلامية (٢٥٠ مرشد) والقانون الفرنساوى (١٥٨٣) .

٨٠ — والكتابة ليست لازمة لصحته أى متى تم الرضاء على المبيع والثن تم البيع وانتقل الملك بلا حاجة لكتابة عقد رسمى أو عرفى به . ولا اتخاذ أى اجراءات أخرى كالعلائية المشترطة لصحة بعض العقود (الهبة والرهن العقارى) . ولا توقف على تسليم المبيع أو دفع ثمنه^(١)

(١) وذلك عكس ما كان جارياً فى عهد القوانين الرومانية كما تقدم

يستفاد ذلك أيضاً من أحكام القانون في مواضع أخرى فقد قرر تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة بمادة (٩١ — ١٤٥) بأن البيع ينقل بمجرد عقده ملكية المبيع الى المشتري بالنسبة للمتعاقدين ولن ينوب عنهما (مادة ٢٦٦ — ٣٣٦)

٨١ — وجرياً على ذلك حكمت المحاكم بأنه لانعقاد البيع وجعه تاماً بين المتعاقدين لا يشترط تحرير عقد على . فالبيع يجوز حصوله ولو شفهاً — مخطوط ٢ يونيو سنة ٩٠٨
فقرة ٤٣٣١ مجموعة ثانية

٨٢ — وبأن الانعقاد لا يتوقف على تحرير عقد البيع العرفي أو الرسمي ولا على تسليم الحجة حتى ولو كان مشروطاً تسليمها هي والتقسيط (سند الملكية) —
» مخطوط ٢٧ يناير سنة ١٨٨١ ومايو سنة ١٨٧٨ سنة ٣ و ٢٩ يناير سنة ١٨٨٠ سنة ٥
ص ١٣٠ و ٢١ ديسمبر سنة ٩٥ ص ٨ ص ٢١٠

٨٣ — وتراضى المتعاقدين بالبيع أما أن يكون بالمشافهة أو الكتابة . وإذا كان التراضى بالمشافهة
أو الكتابة
بالكتابة فلا فرق بين تحريره بعقد عرفي أو عقد رسمي . على أنه يلاحظ هنا أن عبارة
المادة ٢٣٧ أهلى عامة من حيث جواز حصول البيع بالكتابة فلم تفصل كما فصلت
مادة ٣٠٢ مخطوط الكتابة الى كتابة عرفية وكتابة رسمية ولكن ذلك مفهوم بطبعه
لأن الغرض من الكتابة هو الاثبات . لذلك لم تتردد المحاكم في تطبيق المادة ولم
يختلف أحد في مفهومها لأن الفرق بين الكتابتين ينحصر في قوة الاثبات

٨٤ — نصت المادة ٣٠٣ مخطوط على جواز حصول البيع بالإشارة (كإشارة التراضى بالإشارة
الأخرى) وهو نص منقول عن الشريعة الإسلامية (راجع مادة ٢٥٢ مرشد الخيران)
ولم يرد هذا النص بالقانون الأهلى ولكن السكوت عنه ليس بمانع من انعقاد البيع
متى قام الدليل بحصوله بناءً على رضا الآخر الحاصل بالإشارة اذ العبرة هي ثبوت
حصول التراضى وكل ما دل عليه من قول أو إشارة جاز قبوله وانعقد به البيع
فقد قرر فقهاء الشريعة أن كل لفظ منبئ عن معنى التملك أو التملك يفيد البيع
ولو لم يكن بصريح لفظ بعث أو اشترت

وقال الشراح ان ابداء الرضاء لا يتوقف على شكل خاص فيكون صريحاً بالكتابة أو القبول أو الإشارة كما يكون ضمناً بالأفعال لأنه يتكون بالموافقة النفسية — انظر يودان كتاب العقود والتعهدات فقرة ٦٧ — وانظر أيضاً الكلام على الايجاب والقبول وعلى بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية فيما يلى

٨٥ — تلك هى القواعد الأصلية لانعقاد البيع ولا استثناء لها الا فى بعض أحوال خاصة ترجع لنص القانون أو لاتفاق المتعاقدين

٨٦ — أولاً — قد يشترط القانون أن تحصل بعض البيوع بمحركات (رسمية أو غير رسمية^(١)) من ذلك بيع السفن التجارية والمراكب البحرية المنصوص عليها فى قانون التجارة البحرى فيجب أن يحصل بيعها بمقتضى سند رسمى والا كان البيع لاغياً ولو كان حصل بالتراضى (مادة ٣ مته)

استثناء قانونى
من قاعدة
التراضى

والمقصود بهذه المراكب هى السفن التى تسير فى البحار أما المراكب التى تسير فى نهر النيل فلا ينطبق عليها نص المادة وحينئذ يرجع أمرها للحكم العام —

«الاستئناف الاهلى ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ الاستقلال عدد ٣٤ و ٣٣ سنة سابعة صحيفة ٢٦٨»

٨٧ — ثانياً — أما ما ينشأ عن اتفاق المتعاقدين من الاستثناء فيكون فى حالة ما اذا اتفق البائع والمشتري على أن البيع لا يتم ولا يتحقق الا بعد تحرير عقد به ولو حصل اتفاق على المبيع والتمن وهذا الشرط ليس بمحذور قانوناً وعلى ذلك يعتبر قانون المتعاقدين

استثناء بمقتضى
الاتفاق

ويرجع فى تفسير هذا الاتفاق وما يترتب عليه من الاحكام الى قصد المتعاقدين ولذلك يترك تقديره للقاضى

فقد يتبين أن قصد المتعاقدين هو أن البيع لا يقع ما لم تحصل الكتابة كما اذا ثبت أنها أرادا فقط الاتفاق على مشروع بيع لا يربطهما الا اذا تحرر العقد

(١) يقضى المشروع المعروض من الحكومة المصرية على الدول بخصوص التسجيل بأنه يجب تحرير عقود البيع فى المقاررات بسندات رسمية حتى يجوز قبول تسجيلها (راجع تقرير جناب المستشار القضاى عن سنة ١٩٠٤ المنشور فى الوقائع الرسمية الصادرة بتاريخ ٥ ابريل سنة ١٩٠٥) اقتداً ببعض البلاد الأجنبية كبلجيكا والمانيا وايطاليا وغيرها — راجع فيما سبق ص ١٩

كما قد يتبين أن القصد من اشتراط تحرير العقد هو الاثبات فقط لأن المتعاقدين اتفقا على البيع وشروطه وفي هذه الحالة ينعقد البيع وتترتب عليه أحكامه في الحال قبل تحرير العقد لأن المراد هو اثباته بالكتابة خشية الإنكار. ويكون التعهد بتحرير العقد في هذه الحالة تعهداً « بعمل شيء » يرجع في تنفيذه الى القواعد العامة الخاصة بتنفيذ جميع التعهدات

٨٨ — تلك هي الاستثناءات ولكن الاصل أن البيع يتم بمجرد التراضي فإذا تحرر به عقد فالغرض منه اثبات حصوله لا أن الكتابة شرط لصحته — « راجع بودان فقرة ١٥٤ صحيفة ١٠٦ — كتاب البيع والاجارة » وسيجيء فيما بعد الكلام على اثبات البيع وعلى حالة اشتراط تحرير عقد به وذلك عقب الفراغ من شرح الأركان الثلاثة السابق ايضاحها وهي : التراضي . والمبيع . والتمن

الفرع الثاني — في الركن الأول — وهو التراضي

المبحث الأول — قواعد عمومية

٨٩ — لا ينعقد البيع الا اذا اشتمل تراضي المتعاقدين على جميع الاركان ^{فيما يشتمل عليه التراضي} المكوّنة له

فينبغي ان يحصل الاتفاق بينهما على

١ — المبيع

٢ — والتمن

٣ — وقصد التبايع (أي غرض البيع حقيقة)

وبعبارة اخرى يشترط توافق الايجاب والقبول الصادرين بالبيع والشراء في

الامور الثلاثة المتقدمة (مادة ٢٣٦ — ٣٠١)

٩٠ — فإذا اختلفت ارادة المتعاقدين بالنسبة للمبيع كان صدر الايجاب يبيع عقار

اختلاف التراضي
بالنسبة للمبيع

معين فقبل الآخر شراء عقار غيره لا ينعقد البيع لعدم الاتفاق على المبيع

٩١ — وإذا أراد أحدهما بيع شيء بثلث فقبل الآخر شراءه بثلث أقل من القيمة

اختلافه بالنسبة
للثمن

المعرضة كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع لعدم الاتفاق على الثمن

تنبيه — أما إذا قبل المشتري الشراء بثلث أعلى من الثمن الذي عرضه البائع

انعقد البيع ولو لم يتطابق الايجاب والقبول ولكنه ينعقد بالثمن الذي أوجب به البائع

أى بالثمن الأقل وذلك لأن المشتري الذي يقبل الشراء بثلث غال يكون قابلاً من

باب أولى الشراء بثلث أحط منه واذن يكون التوافق حاصلًا بين المتعاقدين على الثمن

الذي عرضه البائع — بودرى المطول ص ١٥ قرة ٣١

وأما حكم هذه المسألة في الشريعة الاسلامية فهو أن قبول المشتري المبيع بأكثر مما

سمى البائع أو قبول البائع بأقل مما سمي المشتري يعتبر موافقة ضمنية ويلزم المشتري

أن يدفع ما زاده متى قبل البائع تلك الزيادة في المجلس — مذكرات العاملات في فقه

الامام أبى حنيفة (١) ص ٤٣

٩٢ — كذلك يجب أن يكون العاقدان متفقين على أن القصد من التعاقد هو

اختلافه بالنسبة
للقصد

البيع حقيقة وذلك هو المراد من استلزام المادة (٢٣٦ — ٣٠١) ان يكون رضا

أحد المتعاقدين بالبيع والآخر بالشراء

فإذا أراد أحدهما بيع داره بثلث يدفع له بصفة ارادة مؤبد على أقساط سنوية

كل قسط منها ٣٠٠ جنيه مثلاً وفهم المشتري أن الدار معروضة عليه للايجار باجرة

سنوية قدرها ٣٠٠ جنيه وقبل بهذا المعنى كان القبول غير مطابق للايجاب وكان

البيع غير منعقد

٩٣ — إذا تقرر هذا وجب القول بأن كل اتفاق حصل في صورة بيع وقصد به

في الواقع أمر آخر غير التبائع الحقيقي لا يعد بيعاً وإنما يجب أن يطلق عليه اسم العقد

الذى أراد الطرفان اخفائه وان تجرى فيه من حيث الصحة أو البطلان أحكامه
مثال ذلك أن يشتري شخص من آخر متاعاً بثمن آجل مرتفع ويبيعه في الحال
لنفس البائع أو لوسيط في الظاهر بثمن أقل من الثمن الذى اشتري به البائع ويدفعه في
الحال نقداً اليه فهذا التعاقد يجب أن يعد رباً في صورة بيع لا بيعاً حقيقياً لأن الملكية
لم تنزل في الواقع ونفس الأمر من المالك وهو البائع الذى أقرض المشتري مبلغاً بصفة
ربا وسلمه اليه في الحال ليسترده عند حلول أجل البيع الاول بالقدر المتفق عليه —
« بودرى الطول ص ٥١ فقرة ٢٢ »

٩٤ — والفقهاء يعتبرون هذا البيع في الشريعة فاسداً فلو باع بنفسه أو بوكيله
شيئاً من الذى اشتراه (أى الى المشتري) ولو حكماً كوارثه بالأقل من قدر الثمن
الأول قبل نقد كل الثمن الأول كأن باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراء بخمسة
فلا يجوز وان رخص السعر لمصلحة الربا. أما لو باعه المشتري لرجل أو وهبه له أو وصى
له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فانه يجوز لأن اختلاف سبب الملك
كاختلاف العين — ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠

٩٥ — ومن هذا القبيل أيضاً الهبة المستترة في صورة البيع — وسيجيء بيان لها
في الكلام على الثمن

٩٦ — اذا تم التراضى أى اتفق الايجاب والقبول على الأمور الثلاثة السابقة
كان ذلك كافياً لانعقاد البيع والتزام المتعاقدين به ولو لم ينصا في العقد المحرر بينهما
على شروط أخرى اذ ليس من اللازم لصحة عقد البيع ذكر جميع شروطه وما يترتب
عليه من الأحكام والنتائج فقد تكفل القانون ببيان ذلك عند سكوت الطرفين عن
النص على شئ منها ولم تستلزم المادة ٢٣٦ من القانون غير الاتفاق على ما أوضحنا
وعلى هذا اذا اتفق الجانبان على البيع والثمن ولم يبيناً مثلاً وقت تسليم المبيع أو
دفع الثمن كان التسليم واجباً وقت البيع والثمن واجب الدفع حالاً لعدم الاشتراط على
ما يخالف ذلك (مادة ٢٧٧ و ٣٢٩ أهلى و ٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩ مختلط)

وإذا سكتا عن مكان دفع الثمن أو احتساب فوائده : فيكون الدفع في مكان تسليم المبيع (مادة ٣٢٩ أهلى) . واحتساب الفوائد لا يكون إلا في حالة تكليف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً أو انتاج المبيع الذى سلم ثمرات أو ارباح أخرى (مادة ٣٣٠ أهلى و ٤١٠ مختلط)

٩٧ — أما اذا شرع المتعاقدان فعلاً في المفاوضة فيما سبق ذكره من الأمثلة أو غيرها ولم يتم الاتفاق بينهما على ما تفاوضا فيه فالعقد لا يتم اذ يقتضى لاتمامه شروط أخرى

شروع المتعاقدين
في الاتفاق على
شروط أخرى

الاتفاق على جميع الأمور المتعلقة به

ومن البديهي أن الحال هنا تختلف عن حالة التزام السكوت فان التزام السكوت دليل على ارادة الرجوع لأحكام القانون العامة

أما اذا اتفق على تسوية تلك الأمور فيما بعد يبقى البيع في حالة مشروع لا يتم إلا اذا وقع الاتفاق على جميع المسائل المتعلقة تسويتها بين المتعاقدين

٩٨ — وحكم بناء على هذه القاعدة بأنه لا يعد بيعاً العقد العرفي المشتمل على جميع أركان العقد ولكن حفظ فيه الحق صراحة بأن عند تحرير العقد بصفة رسمية تبين طريقة دفع الثمن فان حفظ الحق في طريقة دفع الثمن دليل على عدم الرغبة في جعل الدفع خاضعاً لحكم القانون العام ومن ثم يكون الاتفاق غير شامل لجميع شروط العقد « محكمة يزانسون بفرنسا ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ وبوردي المطول ص ٨ كتاب البيع »

٩٩ — وحكمت المحكمة المختلطة بأن الاتفاق على البيع والثمن لا يجعل البيع تاماً متى وجد خلاف بين المتعاقدين على طريقة أداء الثمن فالمشتري يريد أداءه مؤجلاً أو حالاً على شرط خصم سعر القطع منه والبائع يزعم ان الدفع يجب أن يكون في الحال أو يكون معلقاً على تسليم المستندات — استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ مجموعة أولى فقرة ٤٦٤٨

المبحث الثاني — في الايجاب والقبول

تعريف الايجاب
والقبول وحكمهما

١٠٠ — ينعقد البيع بايجاب وقبول

فالايجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقلين سواء كان البائع أو المشتري . والقبول ما صدر ثانياً . فاذا عرض البائع بيع منزله أو عرض المشتري شراءه من بادئ الأمر كان ذلك ايجاباً ورضاء الثاني بما عرضه الأول يسمى قبولاً . ويطلق على كليهما « شطر العقد ^(١) »

١٠١ — ومتى حصل الايجاب والقبول متوافقين ارتبط المتعاقدان وأصبح البيع منعقداً

١٠٢ — والقبول اما أن يحصل عقب صدور الايجاب مباشرة أو بعده يزمن يختلف طولاً وقصراً بحسب الأحوال

١٠٣ — فإن اختلف الايجاب والقبول فيما يتعلق بالثمن أو المبيع أو كيفية الدفع أو غير ذلك من الشرائط كأن أراد البائع البيع بثمن حال فقبل المشتري الشراء بثمن مقسط أو عرض البائع منزلاً بثمن معين فقبل المشتري أن يشتري منه أرضاً بذلك الثمن وهكذا كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع وغير مثبت لحكمه

١٠٤ — وللموجب أن يرجع في ايجابه ما لم يصدر القبول اذ لم يترتب على . في خيار الرجوع ايجابه أدنى ارتباط قانوني

وللقابل الخيار في قبول الايجاب ما لم يرجع فيه الموجب فاذا صدر القبول قبل الرجوع ارتبط المتعاقدان وتم العقد وكان لا سبيل لفسخه إلا برضاء الطرفين بالفسخ

١٠٥ — وقد أحسن فقهاء الشريعة تعليل حكمة هذا الخيار

فقد جاء في كتاب فتح القدير ^(٢) أنه « اذا أوجب أحدهما بأن قال البائع مثلاً بعثك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال في المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى

(١) تقابل كلمة *Pollicitation* الفرنسية (٢) الجزء الخامس ص ٧٨

خيار القبول وذلك لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضى . وإذا كان إيجاب أحدهما غير مفيد للحكم (أى لحكم البيع) بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن إيجابه لخلوه عن إبطال حق الغير »
وليس ما يمنع من الأخذ به لبيان حكمة الحق المحوّل للموجب في الرجوع في إيجابه وللقابل في القبول أو الرد

في تحديد أجل
للقبول .

١٠٦ — لو حدد الموجب أجلاً للمتعاقد معه يقبل فيه لما كان له أن يرجع عن إيجابه قبل انقضاء الأجل المذكور ولا للقابل أن يقبل بعده — الاستئناف المختلط ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ — بورلى مادة ٣٠١ مدنى

موت الموجب

١٠٧ — وإذا مات الموجب قبل صدور القبول فليس للمتعاقد معه أن يقبل لأنه يشترط لانعقاد البيع اجتماع الإرادتين في وقت واحد وقد انعدمت إرادة الموجب بموته
١٠٨ — وإذا مات القابل قبل صدور قبوله فليس لورثته أن تقبل مكانه لأن الموجب ما كان يقصد التعاقد معهم أما إذا رضى بالقبول الصادر منهم فالعقد يجوز لأنه يكون صادراً بإيجاب وقبول جديدين

موت القابل

١٠٩ — وإذا حجر على الموجب فلا يفيد قبول الطرف الآخر ارتباط التعاقد لأن صدوره صادف عدم أهلية الموجب ويقتضى أن يكون ذا أهلية للتعاقد في وقت حصول العقد . غير أن هناك فرقاً بين حالة عدم الأهلية وحالة الموت إذ العقد في الحالة الأولى ينقصد قابلاً للبطلان من جانب عديم الأهلية أو القيم عليه أما في حالة الموت فالبيع لا ينقصد كلية

الحجر على
الموجب

١١٠ — والرضاء كما يكون من المالك يجوز أن يكون من النائب عنه كوصيه أو وليه أو وكيله فإذا تم التراضى من جانب الوكيل التزم به الأصيل

في رضاء الوكيل

وقد حكم بأن البيع يكون صحيحاً إذا وقع عليه الوكيل بالنيابة عن موكله حتى ولو كان مذكوراً في افتتاح العقد في معرض بيان المتعاقدين اسم الموكل نفسه لا اسم الوكيل متى اتضح أن الوكالة صحيحة — مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٧٧ — بورلى مادة ٣٠١ مدنى

١١١ — كما ينقذ البيع بإيجاب وقبول من الطرفين يصح حصوله بلفظ واحد
كما في بيع الأب لابنه الصغير فانه ولي ابنه ولو فور شفقتة لا يحتاج الى القبول ويكون
أصيلاً في حق نفسه ونائباً عن ابنه
في جواز تولى
شخص واحد
شطرى العقد

ومثل ذلك أيضاً بيع القاضى اذا باع مال يتيم ليتيم آخر . وبيع الوصى اذا باع

للقاصر من مال نفسه — مستفاد من ابن عابدين ج ٤ ص ١٩

١١٢ — وهذا هو المتبع قضاءً فقد حكم بأنه ولو كان الأصل أن البيع لا يحصل

بغير عاقلين : بائع ومشتري ولكن لا يخل بهذا الأصل كون شخص واحد ينوب عن

طرفي المتعاقدين ويتعاقد بصفتين مختلفتين — محكمة تولوز ٥ فبراير سنة ١٨٣٤ —

تعليقات دالوز فقرة ٢٠٦ مادة ١٥٨٢

المبحث الثالث — التراضى في البيع بالمراسلات

١١٣ — لما كان التعامل بالمراسلات أصبح من لوازم الحياة وبالأخص الحياة

التجارية وكان الطرفان يتراسلان عن بعد لا تمام البيع والشراء وجب البحث في

أركان البيع الذى يحصل بالتراسل لمعرفة الوقت الذى يتم فيه العقد والوقت الذى

يسوغ فيه للموجب أن يرجع في ايجابه فنقول

١١٤ — ان مسألة الرجوع لم تؤدِ لخلاف . فمرسل الكتاب الذى يعرض فيه

بيع شئ أو شراءه أن يرجع في ايجابه اذا كان الكتاب لم يصل للمرسل اليه أو كان

وصل ولكن لم يصدر منه قبول له اذ اتحاد الصفقة في الحالتين غير متيسر لعدم جواز

حصول القبول بعد حصول الرجوع في الايجاب في الوقت اللائق . وذلك لأن

صدور القبول بعد الرجوع في الايجاب لا مفعول له بما أن ارادة القبول في هذه الحالة

لا تتلاقى مع ارادة أخرى والعقد لا يتكون الا باجتماع الإرادتين : إرادة الايجاب

وإرادة القبول

غير انه يشترط أن يحصل الرجوع قبل صدور القبول فعلاً فتنى ثبت ذلك كان

القبول لا محل له وغير منتج حتى ولو لم يعلم القابل بالرجوع إلا بعد صدور قبوله اذ العبرة ببقاء الايجاب غير منحل حتى يصدر القبول

هذا ويجب على القابل أن يجيب بالقبول كتابة . أو شفاها على يد رسول . فان سكوته لا يعد قبولاً إلا اذا دلت شواهد الأحوال بدليل قاطع على أن السكوت كان رضاء بقبول البيع أو الشراء

في وقت انعقاد
البيع بالمراسلة

١١٥ — أما مسألة الوقت الذي ينقصد فيه البيع الحاصل بالمراسلة . وبعبارة أخرى الوقت الذي يتم فيه العقد فقد انقسمت بشأنها آراء الشراح ولم تتفق فيها أحكام المحاكم مع أن تعيين الوقت الذي يتم فيه البيع ان كان وقت القبول أو وقت وصول الكتاب المنبئ بالقبول للموجب أو وقت تلاوته فعلاً هي مسألة من الأهمية بمكان لأنه يترتب عليها امور خطيرة الشأن

ذلك لأنه اذا تم البيع في مجلس القبول فلا يجوز بعد ذلك للموجب أن يرجع في ايجابه ولا للقابل أن يرجع في قبوله حتى ولو لم يصل خبر هذا القبول لعلم الموجب كأن يرسل اشارة برقية بالعدول عن القبول المرسل منه بطريق البريد واذا كان المبيع عيناً معينة انتقلت ملكيته في الحال للمشتري وكان هلاكه عليه بحسب الأحوال

ومن البديهي أن الأمر لا يكون كذلك اذا كان البيع لا يتم إلا وقت وصول الكتاب المنبئ بالقبول للموجب

على أن أهمية هذا التعيين لا تقتصر على ما بين فقط بل هي لازمة أيضاً لتحديد الزمن فيما يتعلق باداء الثمن . والبيع الوفاؤى . وسقوط الحق في المطالبة بالثمن . وتعيين المكان الذي حصل فيه الاتفاق على البيع لتطبيق قواعد الاختصاص في المواد التجارية المنصوص عليها في المادة ٣٤ فقرة ١٧ من قانون المرافعات . وفي الغاء البيع الحاصل من تاجر حكم باشهار افلاسه في الأوقات والظروف المينة في مادتي ٢٢٧ و ٢٢٨ من القانون التجارى

١١٦ — وينحصر الخلاف في أربعة آراء يرجع اثنان منها الى انعقاد البيع في آراء خلافة في ذلك

مجلس القبول واثنان الى انعقاده في مجلس الايجاب

١١٧ — فأهل الرأي الأول يقولون بأن البيع يتم بمجرد قبول المرسل اليه

للايجاب المعروض عليه لأن ارادة الاثنين بذلك تجتمع والصفقة تتحد والعقد يتم غير أنهم يشترطون أن يكون القبول ذا أثر خارجي يستدل به عليه لا أن يبقى في ذهن القابل

والفريق الثاني يرى زيادة في الاحتياط أن يحصل الاعلام بالقبول بكتاب يرسل للموجب حتى لا يملك القابل الرجوع في قبوله واختفاء أو اعدام الكتاب اذا كان لا يزال تحت يده وظهرت له مصلحة في العدول . غير أن أصحاب هذا الرأي اتقسموا مع ذلك فيما بينهم الى قسمين قسم يكتفى بمجرد ارسال الكتاب وسواء عنده أكان الارسال على يد رسول خاص أم بطريق البريد وقسم يستلزم الارسال بطريق البريد حتى تنزع من يد القابل سلطة الرجوع

ومحصل هذين الرأيين القول بانعقاد البيع في مجلس القبول ولا اختلاف الا في كيفية اظهار هذا القبول

١١٨ — أما أهل الرأي الثالث فيقولون أن البيع لا يتم الا اذا بلغ كتاب القبول للموجب فان الايجاب لا يعد قبل وصول كتاب القبول الا شرطاً من العقد للموجب خيار الرجوع فيه

وحجتهم ان اللازم لتمام العقد ليس فقط اجتماع الارادتين وانما العلم باجتماعهما أيضاً فلا يلتزم عاقد بغير علم منه . ولأن البيع بالكتابة يجب أن يكون كالبيع بالمشافهة ومعلوم أن البيع بالمشافهة لا يتم اذا عرض انسان على آخر بيع شيء فأعرض عنه ولم يجبه بالقبول أو قبل في ذهنه أو أجاب أجنبياً عن العقد وانما يتم اذا أجاب العارض بالقبول . ولأنه لو كلف القابل شخصاً آخر بابلاغ الموجه بقبوله البيع فلا يتم البيع الا بالتبليغ حتى أنه ليكون للموجب أن يرجع في ايجابه الى أن يبلغه الرسول القبول

فواجب أن يكون الأمر كذلك في انعقاد البيع بالكتابة وما الكتاب إلا رسول غير ناطق كلف بإبلاغ قبول الطرف الآخر فيجب أن يأخذ حكم الرسول الناطق وقد اعترض بعضهم بأن هذا قياس مع الفارق لأن الرسول يكون طوع مشيئة مرسله أن شاء سحب منه الكتاب أو طلب منه عدم التبليغ وإن شاء تركه ولكن وضع الكتاب في البريد يحرم صاحبه من هذا الخيار ولكنه . اعترض غير سديد فتعليمات مصلحة البريد والتلغرافات تبيح سحب الخطاب أو الإشارة البرقية ما لم تكن سلمت للمرسل إليه فلا يعوق إرادة الراسل عن تنفيذ ما يرغب غير تسليم الخطاب لصاحب الشأن فيجب أن يكون هذا هو الوقت الذي يعتبر العقد فيه تاماً واعتراضوا أيضاً بأنه يترتب على اشتراط علم الموجب بصدور القبول وجوب علم القابل بوصول قبوله للموجب وهكذا فيترتب على ذلك الدور والتسلسل ورُد على ذلك بأن الموجب ينتظر القبول فيجب أن يعلم به أما القابل فلا ينتظر شيئاً بعد حصول القبول الموافق للإيجاب وقبوله ملزم له متى صادف محله أى لم يحصل ما يمنع ارتباط الارادتين كالرجوع في الإيجاب أو موت الموجب أو الحجر عليه وهذا هو رأى العلامة بودرى — راجع بودرى المطول كتاب البيع ص ٢٨

وأصحاب الرأى الرابع يقولون إن البيع يتم بمجرد وصول كتاب القبول ولو لم يقرأه المرسل إليه وهو رأى متطرف قليل الحصول في الواقع فإن العادة جرت بأن يقرأ الإنسان الجواب متى وصله إلا إذا منعه مرض شديد أو عائق قوى . وأخذ على أصحاب هذا الرأى بأنه إذا كان الغرض من إرسال الكتاب إعلام الموجب بحصول القبول فيجب أن يحصل هذا العلم حقيقة إلا إذا امتنع الموجب عن قراءة الكتاب عمداً ليتمكن من الرجوع في إيجابه وهذا يكون دليلاً على سوء قصده لا أمراً مستوجباً للرأفة به

يتبين مما تقدم أن أصحاب هذين الرأيين يجعلون إتمام العقد متعلقاً بمجلس الإيجاب

١١٩ — ويستند أصحاب الرأي القائل باتمام العقد في مجلس القبول بأنه يصح انعقاد البيع بمجرد حصول القبول بغير علم الموجب قياساً على ما يحصل من أن أحد المتعاقدين قد يوقع على عقد رسمي لا يوقع عليه الآخر إلا بعد عدة أيام كما يحصل ان المتعاقدين يوقعون في أوقات مختلفة على عقد عرفي ولكن يرد عليهم بأن العقد في هاتين الحالتين تم شفاهاً . قبل تحريره . بمجرد حصول التراضي وما الكتابة إلا اثبات له

كذلك قالوا إنه يجوز أن يكتب أحد الموثقين عقداً من العقود يوقع عليه كل من الطرفين في غيبة الآخر والعقد مع ذلك ينعقد بهذه الصورة وأجيب رداً على ذلك بأنه ينعقد لأن كلا منهما رضى بالتعاقد أمام الموثق ووكله بأن يعلم المتعاقد بهذا الرضاء ولكن في البيع بالتراسل لم يوكل أحد بمباشرة العقد ولا توجد أدنى صلة بين المتعاقدين وحقيقة يوجد رضاء القابل قبل علم الموجب به ولكنه رضاء خاضع لمشيئته وقابل للنقض بمجرد رغبته

رأى الشريعة
الاسلامية في
الموضوع

١٢٠ — أما في الشريعة فيشترط القبول في مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه فلو كتب الى رجل اشتريت عبدك هذا بكذا فكتب اليه رب العبد بعته منك كان بيعاً — مادة ٢٥٢ مرشد الحيران وابن طابدين ص ١١ جزء ٤

١٢١ — وتلك النظريات التي أوضحناها محلها سكوت الطرفين . اما اذا نصا على أمر من الأمور وجب احترامه فاذا اتفقا على ان البيع يتم بمجرد ارسال الخطاب أو بمجرد وصوله ولو لم يقرأه المرسل اليه كان ذلك قاتونهما الساري عليهما ومذهب القضاء الأهل أن البيع في الأمور المدنية لا يتم إلا بعد وصول القبول لعلم العارض (الموجب) وذلك هو المبدأ الذي قرره محكمة استئناف مصر نوره برمته : « ان البيع بطريق الرسائل صحيح وجائز قاتوناً وعلى الأخص في المسائل التجارية لكن من عرض البيع بدون تعيين زمن للقبول له الحق في العدول قبل وقوع القبول وقد اختلف الفقهاء في طريقة القبول وزمنه فقال البعض ان البيع لا يتم إلا (٧)

إذا وصل القبول لعلم العارض وقال غيرهم إنه يتم بمجرد حصول القبول دون توقف على وصوله الى علم العارض

على أنه إذا صح ان تكون هذه المسألة خلافية فيما يتعلق بالأعمال التجارية التي تحتاج لسرعة الأخذ والعطاء إلا أنها في الأمور المدنية لا تحتل خلافاً

والرأى الصحيح أن البيع في الأمور المدنية لا يتم إلا باتحاد ارادة المتعاقدين على البيع والشراء وهذا لا يتأتى إلا بعد وصول القبول الى علم العارض « — استئناف مصر مدني ٢٥ مارس سنة ١١٢٢ حقوق سنة ٢٨ ص ٢٣٨

١٢٢ — وإذا أرسل كل من المتعاقدين كتاباً للآخر في وقت واحد هذا يرغب الشراء وذلك يقبل البيع بنفس الشروط المعروضة فالبيع بلا جدال يتم عند وصول أحد الكتابين للآخر لأن التراضي الشامل للإيجاب والقبول المتوافقين حصل

صدور التراسل في وقت واحد من الجانبين

فاذا اختلفت بعض الشروط ولكن قبلها من عرضت عليه لزمه ان يعلم المتعاقد معه بقبوله لها وبذلك يتم العقد . لأن قبوله للشروط المغايرة لجوابه الأول متى انضم الى الايجاب الوارد بكتاب المتعاقد معه أصبح الايجاب والقبول متحدين وبذلك تتم الصفقة

١٢٣ — اذا حدد أحد المتعاقدين أجلاً للآخر يقبل فيه ترتب على هذا التحديد أمران :

في تحديد اجل للقبول

الأول — انه ليس للموجب أن يرجع في ايجابه قبل انقضاء الأجل الثاني — ان مجرد انقضائه يخليه مما التزم به . لأن القبول الذي يصدر بعد ذلك لا يصادف محلاً واتحاد الصفقة يصبح متعذراً

وهذان هما الرأيان الراجحان . ولكن عملاً بمبدأ استيفاء جميع الأقوال في كل مسألة نذكر ما جاء من الخلاف بشأن هاتين القاعدتين

١٢٤ — فمن الأمر الأول يرى بعضهم أن للموجب أن يرجع قبل انقضاء الأجل ولو كان محدداً لأن التحديد لا يسلبه حق خيار الرجوع وغاية ما في الأمر

أنه يلزم بالتضمنيات اذا قبل العاقد الآخر في غضون الأجل ولكن امتنع ابرام العقد للرجوع في الايجاب قبل صدور هذا القبول وتبين أن قد ناله ضرر من ذلك بأن فاته مشترى بضاعة أخرى أو تكلف نفقات استعداداً لهذا الشراء . ويرد على أصحاب هذا الرأي أن إلزام الشخص بتعويض عن أمر يقولون انه حق له غير مسلم به لأن استعمال الحق لا يترتب عليه الالتزام بتعويضات

ويرى آخرون أن مضي المدة يترتب عليه اعتبار العقد تاماً اذا لم يرد القابل على الموجب لأن ترك المدة تنقضى بلا جواب دليل على الرضاء ضمناً . ورجوع الموجب لا يحرمه من حق القبول في اثناء المدة الممنوحة له ولا يلزم بالتعويضات الا اذا طلب منه تنفيذ العقد فلم يفعل

١٢٥ — وعن الأمر الثاني قال بعضهم إن انقضاء الأجل لا يخلو الموجب حتماً مما التزم به ولكن يجعل له فقط حق الخيار في الرجوع فيه وهو رأى مرجوح لأن تحديد الزمن بمثابة اعلان للتعاقد معه بأنه اذا قبل بعد انتهائه فقبوله غير مفيد ولا منتج

١٢٦ — واذا لم يتحدد في الكتاب أجل للقبول فإنه مع ذلك يجب مراعاة العوائد والعرف وظروف الأحوال فيمنح القابل الأجل المعتاد منحه عرفاً لبحث في الأمر المعروض عليه ويتحقق مما اذا كان في مصلحته قبوله أو رفضه

لهذا وبالأخص في المسائل التجارية يمنح المرسل اليه الكتاب الزمن المعروف عرفاً ويعتبر سكوت مرسل الكتاب قرينة على قبول العرف الجاري وبهذا لا يجوز له أن يرجع في ايجابه قبل انقضاء هذه المدة كما لا يجوز للقابل أن يقبل بعدها . واذا لم يكن للموجب أن يرجع في ايجابه قبل انقضاء الأجل المحدد عرفاً أو نصاً فلا جدال في أن موته أو الحجر عليه يمنعان انعقاد العقد اذا صدر القبول بعد حصولهما طبقاً لما ذكرناه سابقاً

١٢٧ — واذا حدد الميعاد نصاً أو عرفاً وقبل انقضائه أجاب المرسل اليه الكتاب في اخلاء الموجب بعدم القبول أخلى الموجب من التزامه وليس للقابل أن يلزمه بعد ذلك بالرضاء بالبيع قبل انقضاء الاجل

لأنه سبق فرفضه فاذا قبل فيكون ذلك رضاءً جديداً

١٢٨ — ويجب على المرسل اليه الكتاب أن يقبل في اثناء المدة المحددة للقبول في أمد القبول
فاذا لم يصل كتاب القبول إلا متأخراً أو ضاع كان الموجب حرّاً بعد انقضاء الأجل وليس للقابل أن يتمسك قبله بقبوله فان خطأ الشخص المكلف بتوصيل الكتاب أو مصلحة البريد لا يكسبان القابل حقاً فقد بانهاء المدة وانما له أن يرجع بالتعويضات على من تسبب في فقد الكتاب

١٢٩ — أحكام — لا توجد الصفات الجوهرية ولا الشروط الضرورية لعقد البيع في تبادل خطابين اذا لم يقبل أحد المتعاقدين ايجاب الآخر كما صدر منه بأن جزاءه أو عدل فيه — مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ٢٩٢ وقرة ٤٦٤٦ مجموعة أولى
١٣٠ — لا يترتب على الأخطار بوصول خطاب • شتمل على مجرد عرض بضاعة بغير بيان ثمنها ارتباط قانوني بين الطرفين — مختلط ٢٤ ابريل سنة ٩٠٢ س ٤ ص ٢٦٤
قرة ٤٣٣ مجموعة ثانية

المبحث الرابع

في البيع بكتابة الثمن على المبيع — بيع التماطي في الشريعة الاسلامية —
البيع بالاعلان في الجرائد أو بتوزيع نشرات وارسال
البرامج^(١) (الكتالوجات) وغيرها

١٣١ — اقتضت سنة التنافس في التجارة أن يعلن التجار عن بضائعهم تارة بطريق نشر الاعلانات في الجرائد وطوراً بتوزيع نشرات على الافراد أو ارسال برامج بالاثمان (كتالوجات) أو بطريق عرضها للجمهور مكتوباً عليها ثمنها بأرقام ظاهرة ترغيباً في الشراء حتى اذا أعجب المشتري شيئاً أخذه ودفع ثمنه بلا اضاءة وقت في المساومة أو ارتياب في القيمة

(١) جمع برنامج وهو المدفتر المكتوب فيه صفة ما في العدل • والبيع على البرنامج أى اعتماداً على الأوصاف المكتوبة فيه جائز شرعاً — انظر شرح الخرشي على مختصر سبدي خليل ج ٣ ص ٣٨٩

فما قيمة العرض الذى يحصل بهذه الوسائل وهل يعتبر بمقتضى القانون ايجاباً ملزماً للتاجر اذا قبل المشتري الشراء بالشروط المعروضة وبعبارة أخرى هل ينعقد البيع ويكون صحيحاً لازماً؟

لزيادة الايضاح نتكلم على كل مسألة على حدة

١٣٢ — تدخل مخزن كتبى فتختار الكتاب الذى تريده فتجد الثمن مكتوباً ^{البيع بكتابة الثمن على المبيع}

عليه فتذهب للصراف وتدفعه وتمضى لسبيلك بغير أن تتحدث مع البائع فى شأن الثمن أو تساومه فيه وتمر على مخزن بيع الملابس فترى الثمن مكتوباً عليها فتختار ما تشاء ثم تدفع الثمن المكتوب وتنصرف . فهل هذا بيع مع أن البيع يتم بايجاب وقبول بين شخصين معينين . وعرض البضاعة هنا لم يكن صادراً لشخص معين بل موجهاً للجمهور . ومن جهة أخرى فالايجاب والقبول يكونان بالقول وقد يحصل ان المتبايعين لا يتساومان البيع والشراء ولا يتلفظ أحدهما بكلمة ايجاب أو قبول

والجواب أنه بيع صحيح . اما كون البيع معروضاً لا لشخص معين فذلك ليس بمانع من انعقاده متى جاء مشتر وقبل الشراء بالثمن المكتوب لان أركان البيع وهى الرضا والاتفاق على المبيع والثمن قد توفرت وذلك كل ما تشترطه المادة ٢٣٦ أهلى (٣٠١ مختلط) لاتمام البيع

وكون العرض صادراً للجمهور فذلك معناه ان شخص المشتري غير ملحوظ بالذات عند البائع فمتى قبل أى انسان الشراء بالثمن المعروض ودفع الثمن انعقد البيع ولم يكن للبائع بعد ذلك أن يمتنع أو يطلب زيادة الثمن بدعوى ارتفاع السعر — « بودرى المطول فقرة ٤٦ كتاب البيع »

واذا لم يتلفظ أحدهما بايجاب أو قبول فليس معنى ذلك ان البيع لم يحصل لان القصد من الايجاب والقبول بالكلام انما هو الدلالة على الرضا وقد رضى المشتري هنا فعلاً لا قولاً ومتى وجد الرضا صراحة أو ضمناً كان البيع تاماً

١٣٣ — ويسمى فقهاء الشريعة الاسلامية هذا النوع من البيوع بيع التعااطى لانهم يقسمون البيع الى بيع بالقول وبيع بالفعل فالبيع بالفعل هو بيع التعااطى لانه ^{بيع التعااطى فى الشريعة الاسلامية}

ينعقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي — مادة ١٧٥ من المجلة وابن عابدين ص ١١ جزء ٤ وفتح القدير ص ٧٧ جزء ٥

وقال صاحب كتاب البدائع «ان البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الأخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما واستشهد بقوله عز وجل (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فليس اذن من الضروري حصول المبادلة بالقول » — بدائع ص ١٣٤ جزء ٥

١٣٤ — فحكم البيع الحاصل بهذه الكيفية انه صحيح لازم لاشتماله على جميع اركان البيع وبياناً لتأنيجه نستعير الأمثلة الآتية من كتب الفقه ومن احكام المجلة لانطباقها على عوائدنا وانطباق قانوننا عليها حكمه وامثله

١ — يعطى المشتري للخباز مقدراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقدراً من الخبز بدون تلفظ ايجاب وقبول فيستلمها المشتري ويمضى لسبيله

٢ — أو يعطى المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة والبائع ساكت

٣ — أو يجيء رجل لبائع قمح فيدفع له خمسة جنيهاً ويسأله ثمن الارdeb فيقول بجنيه مثلاً فيسكت المشتري ثم يطلب القمح فيعده البائع بتسليمه اياه غداً

٤ — أو يقول المشتري للجزار اقطع بخمسة قروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فيقطع القصاب اللحم ويزنه ويعطيه وهو ساكت

٥ — أو يساوم المشتري رجلاً على شراء شيء منه ولعدم وجود وعاء معه يذهب فيجيء بالوعاء ويدفع الثمن فيكيل له البائع الشيء بغير أن يتكلم

١٣٥ — ففي كل هذه الصور وما يماثلها يكون البيع جائزاً وتاماً ، فلو ترقى سعر القمح في اليوم التالي في الصورة الثانية لما كان ذلك مسوغاً للبائع أن يفسخ البيع او يمتنع عن التسليم . وكذلك لو رخص الثمن أجبر المشتري على الاستلام وليس للمشتري في الحالة الرابعة أن يمتنع عن قبول اللحم بعد قطعه كما أنه ليس للبائع بعد الكيل أن يرجع فيه لأنها يبيع تامة يترتب عليها أن يقوم كل واحد من المتعاقدين

بما يلتزم به البائع والمشتري ولا سبيل لفسخها الا بالتراضى

١٣٦ — يؤخذ مما تقدم أن تراضى الطرفين (البائع والمشتري) قد يكون بالقول أو بالفعل وبعبارة أخرى قد يكون بالصراحة أو الدلالة فكل ما أفاد التراضى كان مؤدياً لغرض الشارع الذى أراده فى المادة ٢٣٦ من القانون (٣٠١ مختلط) ١٣٧ — ولكن اذا بدر من أحد البيعين بالتعاطى ما يدل على عدم الرضا كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع.

مثال ذلك ان يدفع المشتري لبائع البطيخ الثمن ويأخذ البطيخة فلا يسكت البائع بل يقول له اتركها . أو لا أقبل . أو هذا ليس ثمنها فكل هذا وما يماثله دليل على عدم الرضا وعليه فلا ينعقد البيع — مستفاد من ابن عابدين ص ١٣ جزء ٤

١٣٨ — ولا يغرب عن البال ان عدم الرضا من البائع لا يلحظ فى حالة بيان قيمة الرضاء فى حالة بقاء الثمن ^{الثمن المكتوب اورفعه} الثمن بالكتابة فان كتابتها بمعرفته دليل رضاه وعلى ذلك متى قبل المشتري فليس له المكتوب اورفعه أن يمتنع عن البيع كما تقدم

ولكن هذا الحكم يختلف اذا رفع البائع الورقة المكتوب عليها الثمن قبل قبول المشتري فان ذلك يعد رجوعاً فى الايجاب وليس لمن رأى الثمن قبل نزعه أن يتمسك بسبق وجوده على المبيع حتى ولو لم ينقل المبيع من مكانه اذ العبرة بالتراضى وقت التبائع ومن جهة أخرى رفع البطاقة يجعل الثمن غير معين والاتفاق عليه واجب لصحة البيع

١٣٩ — ووجود البضاعة المكتوب عليها الثمن داخل الدكان لا يمنع من تطبيق القواعد السابق ذكرها متى كان الدخول مباحاً للجمهور

فاذا كان الدخول غير مباح تحتم الاتفاق على ثمن البضاعة التى يستحضرها التاجر من الداخل لاتمام البيع ولو كان الثمن مكتوباً بأرقام ظاهرة لان كتابة الثمن فى هذه الحالة لا تفيد الرضاء بالبيع بها وانما تفيد ان صاحبها كتبها تذكرة له عند المساومة

فقط بعكس عرضها للجمهور والسماح لراغبي الشراء برويتها وقراءة ثمنها فان ذلك دليل الرضاء بالبيع بالثمن المكتوب .

١٤٠ — والاتفاق على الثمن يتختم من باب أولى اذا كان الثمن مكتوباً برموز كتابة الثمن برموز واشارات

أو اشارات لا يفهمها سوى التاجر وقد تكلم الشرعيون على مثل هذه الحالة فقالوا إن البيع بالرقم الذى لا يعلمه المشتري فاسد لجهالة الثمن واذا علم المشتري بالرقم فى المجلس لا ينقلب العقد جائزاً إلا اذا رضى البائع والمشتري أن يبيعا به بعد العلم وبذلك ينعقد البيع بالتراضى — « مستفاد من ابن عابدين ص ١٢ ج ٤ »

١٤١ — وللتاجر الذى يعرض بضاعته للجمهور داخل الدكان أو خارجه أن يشترط ما شاء من الشروط المقيدة للبيع بالاثمان المكتوبة فقد حكم من محكمة السين بفرنسا فى ١٥ يونيو سنة ١٨٦٩^(١) « بأن للتاجر الذى يعلق اعلاناً بحروف كبيرة يشترط فيه أنه لا يبيع الاشياء المكتوب ثمنها عليها الا تفصيلاً لا جملة والمشتري أنفسهم بغير وساطة بممارسة الحق فى أن يمتنع عن البيع لو كيل بالعمولة طلب منه مشتري بضاعة بأثمانها المرقومة عليها جملة واحدة وذلك لان البائع لا يجبر على البيع بشروط مخالفة لما اشترطه »

غير أنه يجب أن تكون الاشتراطات والقيود ظاهرة للعيان بجانب المعروضات حتى يكون المشتري على بينة منها وحتى لا يتيسر للبائع أن يتمسك بها أو لا يتمسك بحسب ارادته . وتلك مسألة وقائع يترك الفصل فيها للقضاء

١٤٢ — كثيراً ما يوزع التجار نشرات على الجمهور أو يرسلون براميج شاملة لأنواع البضائع وأثمانها لعملائهم وغيرهم ممن يقفون على عنواناتهم أو يعلنون عن بضائعهم فى الجرائد فهل العرض بهذه الوسائط يعد أيضاً إيجاباً

البيع بتوزيع النشرات أو ارسال البراميج

لا بد من التفصيل فانه اما ان تشمل الاعلانات والتعريفات على الاثمان أولاً

(١) انظر بودرى المطول فقرة ٤٧ — كتاب البيع والبانديكت فقرة ٦٧ ص ٣٨٤ ج ٥٩

تشتمل . فان كانت لا تشتمل على الثمن فالأمر واضح وهو أنها لا تعد ركناً من أركان البيع لأن الغرض منها يكون الشهرة والاعلان فقط ولذلك لا تصالح لتكوين ركن الاتفاق على الثمن لأنه غير مسمى فيها

أما ان كان ثمن البضاعة مبيناً كما يشاهد في كثير من البرامج (الكتالوجات) التي تصدرها المحلات التجارية الكبيرة فالرأى السائد أنها تعد عرضاً حقيقياً مكوّناً للإيجاب . فتمى قبل المرسل اليه مشتري أى نوع من الأنواع الميئة بثمنه المحدد له تم عقد البيع لاتحاد الإيجاب والقبول والاتفاق على المبيع والثمن — راجع بودرى المطول
فقرة ٤٨ والبانديكت ص ٣٨٤ فقرة ٦٩ مجلد ٥٩

حكم التصرف
في البضاعة

١٤٣ — غير انه يلاحظ ان هناك فرقاً كبيراً بين البيع بهذه الصورة والبيع بواسطة المراسلات الخاصة (كالمكاتبات والاشارات البرقية) فان البيع في هذه الحالة يحصل بين أشخاص معينين . وقصد التبايع بينهم متعين . ولذلك لا يسوغ للبائع أن يتصرف في المبيع قبل عدول المشتري أو الرجوع في الإيجاب رجوعاً صحيحاً
أما البيع بطريق الاعلان أو ارسال التعريفة بالأثمان فانه غير موجه لأشخاص معينين ولو تعينوا بارسال التعريفات لهم بعنواناتهم فاقصد التاجر اعلامهم بما عنده من البضائع وأثمانها ولهذا يكون غير محرم عليه أن يتصرف في بضاعته لأى شخص طلبها سواء كان ممن أرسلت لهم التعريفة أو من غيرهم

١٤٤ — ولو نفذت البضاعة وطلبها منه بعض من أرسلت لهم التعريفات أو لم يف ما عنده منها بكل المطلوب فلا يسأل عن ذلك ولا يلزم بالتعويضات التي تترتب على عدم الوفاء بالتنفيذ لأن له الحرية التامة في أن يبيع لمن شاء بلا قيد كما ان له الحق المطلق في أن يرسل البرامج لغير من أرسلت لهم أولاً خلافاً للتبايع بالمراسلات الخاصة وذلك لأنه يجب تفسير قصد المتبايعين هنا كما تفسر باقى المشاركات والاتفاقات أى بحسب الغرض المقصود من توزيع قوائم الأثمان

ومن المعلوم أن التاجر قد يرسل التعاريف لعدد عديد وهو عالم بأنهم جميعاً لن

يقدموا على المشتري كما أنهم عالمون بذلك أيضاً وعالمون بأن الواحد منهم قد يسبقه .
كثير غيره في الطلب فيستنفد ما عند التاجر من البضاعة حتى أن بعضهم يهمل
البرنامج اذا لم يرد الشراء بغير حاجة لاخطار مرسله بالرفض . فالتاجر والحالة هذه
ليس يلتزم أن يسلم المشتري ما يطلب الا اذا كان موجوداً عنده

حكم وجودها ١٤٥ — ومتى كانت البضاعة موجودة لديه وجب عليه أن يبيعها بالثمن المسمى

في البرنامج ولو ارتفع السعر ويجبر على البيع ان امتنع ويسرى هذا الحكم بالنسبة لجميع
أنواع البيع سواء كان معيناً معلوم المقدار أو غير معين كعرض كتب للبيع أو عرض
محصول زراعة قمح أو قطن أو غيره

ولكن التزام البائع يكون قاصراً أيضاً على أن يبيع ما يوجد عنده وقت الطلب
بالثمن المعين

١٤٦ — واذا كان البائع لا يلتزم الا بقدر ما يكون عنده من الاشياء المعروضة

للبيع وقت العرض فما الذي يترتب على ارسال برنامج من شخص لا يملك
الأصناف المعروضة أو يملك منها قدراً يسيراً مرتكناً على الحصول عليها عند طلبها
فقد يتفق أن يتعذر الحصول عليها بالثمن المعين لارتفاع السعر ارتفاعاً كبيراً أو
بتعذر وجودها في السوق

حكم عدم
امتلاك الأصناف
المدونة بالبرنامج

فرق الشراح هنا بين حصول الشراء عقب وصول البرنامج وبين الشراء بعد
الوصول بزمان طويل فان كان الاول جعلوا مرسل البرنامج مسئولاً عن التعويضات
الناشئة عن عدم الوفاء واعتبروا تعهده بمثابة التزام بالحصول على شيء وعدم الوفاء
به مستوجب للتضمنيات وان كان الثاني فلا يلتزم بتعويض ما

١٤٧ — قد يحصل ان يعرض التاجر بيع بضاعته بالتقسيط بثمن معين ترغياً

للناس فهل يسوغ لمثل هذا التاجر أن يرفض البيع لشخص ارتاب في ميسرته وخشى
عدم قيامه بدفع الأقساط في مواعيدها

في جواز رفض
البيع للمعسر

ليس له ذلك الا اذا كان اشترطه في الاعلان أو النشرة أو كان طالب الشراء

محروماً من الانتفاع بالأجل قانوناً بأن كان مفلساً أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التي تكون محلاً لوفاء التعهد (مادة ١٠٢ — ١٥٦)

١٤٨ — وإذا حدد عارض الأشياء أجلاً للعرض في اعلانه أو نشرته فالتزامه يكون قاصراً على الأجل المضروب فقط فإذا لم يكن الأجل محدداً جاز للمحكمة تحديده بمراعاة مقتضيات الأحوال والعرف الجاري

١٤٩ — وليس لغير من ترسل له قائمة الاثمان شخصياً أن يتمسك بها على البائع ويجبره على البيع بالثمن المسمى فان مجرد الحياة لا تكفي ويجب حينئذٍ على المشتري أن يثبت ارسالها اليه بتقديم الغلاف المكتوب عليه عنوانه أو بأى طريقة من الطرق القانونية للاثبات

اما اذا كان عرض البيع حاصلًا باعلان في الجرائد فيعتبر موجهاً للجمهور بأسره ولكل شخص الاحتجاج على البائع بالثمن الوارد به ولو ارتفع السعر

١٥٠ — ولمصدر النشرة أو الاعلان أن يرجع في عرضه أو يعدل فيه باصداره الرجوع في العرض نشرة أو اعلاناً آخر ولكن مفعول الاعلان الجديد أو النشرة لا يسرى الا على من لم يكن طلب الشراء حين صدور الاعلان أو النشرة الجديدين . أما من طلب الشراء قبل اصدارهما فله الحق في طلب التنفيذ لأن العقد تم بقبوله — بودرى المطول فقرة ٥٥ والبانديكت ص ٣٨٢ فقرة ٧٧ جزء ٥٩

١٥١ — وعرض البيع بالمناذاة علناً بثن معين لا يترتب عليه الزام العارض بالبيع لطالب الشراء اذا ثبت أنه لا يريد البيع له لأسباب شخصية — بانديكت فقرة ٧٨ ص ٣٨٤

١٥٢ — والعرض يسقط اذا مات العارض أو حجر عليه لأن القبول لا يصادف سقوطه محله بعد الموت أو الحجر وارتباط الارادتين يصبح متعسراً كما هي الحال في البيع الحاصل بين شخصين معينين

الفرع الثالث — في الوعد بالبيع

المبحث الأول — عموميات

١٥٣ — تقدم في تعريف البيع انه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء لآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما . أو بعبارة أخرى هو تمليك البائع مالا للمشتري بما لا يكون ثمناً للبيع كما يعرفه فقهاء الشريعة . والمقصود بهذا التعريف هو البيع التام

في الفرق بين
البيع والوعد
بالبيع

ولكن قد يحصل أن يقتصر التزام المتعاقدين على مجرد وعد بالبيع فيلتزم أحدهما بأنه « يبيع » عوضاً عن أن يلتزم « بنقل الملكية » (وهو التزام البائع في البيع التام) ويلتزم الثاني بأنه « يشتري » بثمن متفق عليه بدل التزامه « بدفع الثمن » (وهو التزام المشتري في البيع التام) . أي لا يتعهدان بالتمليك والتملك وإنما يتعهدان بحصول البيع والشراء

كما يحصل أن يصدر الوعد من أحد المتعاقدين فقط فيعد أحدهما بأنه « يبيع » أي بحصول البيع أو يعد بأنه « يشتري » أي بحصول الشراء خلافاً للبائع الذي يجب أن يكون الالتزام فيه صادراً من جانبي المتعاقدين

لهذا وجب البحث فيما اذا كان العقد الحاصل بهذه الصفة أي الوعد بالبيع عقداً صحيحاً ملزماً للمتعاقدين وان كان فما أنواعه ؟

ولما كان هذا البحث متعلقاً بموضوع التراضي لان تكوين العقد وبيان طبيعته مرتبطين بإرادة المتعاقدين وخاضعين لشيئتهما وكيفية اتفاقهما كان من المتعين الكلام عليه عقب الكلام على التراضي وما يتعلق به فنقول

١٥٤ — ان مثل هذه الالتزامات كثيرة الحصول في الواقع عملاً . ولقد أطنب الأستاذ بلانيول في بيان مزاياها وما ينجم عنها من الفائدة في المعاملة وضرب لنا مثلاً شخص شرع في انشاء معمل صناعي ولا يملك غير القليل من المال فاذا

مزايا الوعد بالبيع
وامثلته

هو اشترى أرضاً لاقامة بناء المعمل عليها ودفع ثمنها في الحال نقص رأس ماله وعظمت خسارته اذا لم ينجح في عمله أما اذا استأجر الأرض بشرط الخيار في اقامة المباني التي يراها لازمة عليها وأخذ وعداً من صاحبها بأن يبيعها له اذا بدا له شراؤها في المستقبل أمكنه استخدام رأس ماله بأكمله في عمله وضمن امتلاك العين متى نجح في مشروعه

والحالة المذكورة في هذا المثل هي الاكثر شيوعاً فالوعد بالبيع كثيراً ما يشترط ضمن عقود الايجار ضماناً لشراء العين الملوّجرة ومنعاً للغير من شرائها ولكنه مشاهد أيضاً في البيوع التي تحصل على يد السماسرة وفي البيع بطريق المزاد كما قد يشاهد في غيرها وتلك بعض أمثلة أخرى للوعد بالبيع .

١ — عرض مالك بيع عمارته فتفاوض معه شخص لا يملك في الحال الثمن الكافي على أن يستأجرها منه ويشترط في العقد شرطاً يعد فيه البائع بأن يبيع له العماره بعد بشروط معينة . فالعقد مشترك بين الاجارة في الحال والوعد بالبيع في الاستقبال

٢ — بنى شخص بيتاً في أرض غير مملوكة له وأخذ تعهداً من مالك الارض بأن يبيعها له عندما يطلب ذلك منه

٣ — أرادت شركة انفاذ مشروع يقتضى شراء أملاك كثيرة من عدة ملاك فاضطرت لمفاوضة كل مالك على حده ولكن لما كان لا يتيسر لها تنفيذ المشروع الا اذا استولت على جميع الأملاك المطلوبة فلا يتسنى لها أن تشتري شراءً باتاً لاحتمال عدم اتفاقها مع جميع الملاك فتأخذ ممن تتفق معهم وعوداً بالبيع حتى اذا تم لها الاتفاق مع جميع الملاك قبلت البيوع وطلبت تنفيذ التعهدات

١٥٥ — هذه هي بعض الاحوال التي يشاهد فيها الوعد بالبيع فلتبكم على قيمته قانوناً

قيمه قانوناً

أجاز القانون الفرنسي الوعد بالبيع ونص عليه في مادة ١٥٨٩ فقال : الوعد بالبيع كالبيع متى حصل التراضي من المتعاقدين على المبيع وثمنه

وأبطلته الشريعة الإسلامية فقررت المادة ١٧١ من المجلة بأن صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشتري لا ينعقد بها البيع وسكت القانون المصري فلم يصرح بالجواز ولا بعدمه فما هو حكمه اذن ؟

١٥٦ — قبل بيان حكمه نرى من الصواب أن نورد بإيجاز حكمة التشريعين

الفرنساوى والشرعى

حكمة التشريع
الفرنساوى

قال الشراح الفرنسيون ان الغرض من نص قانونهم هو وضع قاعدة مقررة لأحكام الوعد البيع الذى كان مألوفاً عندهم : مينة لمفعوله وما يترتب عليه من النتائج . حاسمة للخلف الذى قام فى تأويل هذه التعهدات قبل النص على حكمها قانوناً اذ كان بعضهم يرى أن الوعد بالبيع ليس بيعاً بل عقد آخر مستقل — « راجع البانديكت فقرة ٢٣١ بيع ج ٠ ٥٩ »

والبعض يرى انه مجرد تعهد « بعمل شئ » يترتب عليه الزام المتعهد بالتعويض اذا لم يف بتعهدده وخالفهم آخرون فأجازوا للمشتري أن يحصل على الزام المتعهد بتحرير عقد بالبيع او على حكم يقوم مقامه عند التأخير فى التنفيذ

وفرق المسيو ديمولان^(١) بين الموعد المقصود به البيع فى الحال وبين الموعد المقصود به البيع فى المستقبل فاعتبر الوعد فى الحالة الثانية تعهداً « بعمل شئ » مستوجب للتضمنات القانونية عند عدم الوفاء واعتبره فى الأولى بيعاً تاماً فى الحال يترتب عليه نقل الملك قاتلاً ان الذى تأجل هو تحرير عقد البيع ولذلك لا مانع من انعقاده فى الحال ويترك مسألة تقدير ما اذا كان المقصود بالوعد هو البيع فى الحال أو المستقبل للقاضى يستشجها من ظروف الأحوال

فلازالة هذه الخلافات قرر الشارع قاعدة (الوعد بالبيع كالبيع) أى أنه يأخذ أحكامه كما سترى

١٥٧ — وعلى فقهاء الشريعة قولهم ان صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد

تعليق الشريعة

المجرد لا ينعقد بها البيع بأن البيع هو انشاء تصرف يفيد حكماً جبرياً ومعنى ذلك أن حكم البيع (وهو نقل الملك) يثبت جبراً عن المتعاقدين وبالرغم من رجوع البائع في البيع — فتح القدير ج ٥ ص ٧٤

وعلى هذا بحثوا في صيغته فقالوا يجب أن يكون القبول والايجاب بلفظي الماضي لان الماضي يدل على تحقق الوجود

أما صيغة المضارع فاما أن يراد بها الحال أو الاستقبال فان أريد بها الحال انعقد البيع كأبيع وأشتري وإذا اريد بها الاستقبال فلا ينعقد — راجع مادة ١٧٠ من المجلة وكذلك اذا كان المضارع لا يفيد غير الاستقبال (لاقتراحه بالسين وسوف) فلا ينعقد البيع أصلاً حتى ولو كان المراد ايجاب البيع في الحال لأن نية الحال في هذا المقام لم تصادف محلها ولا تتفق مع الصيغة المستعملة فتعتبر غير صحيحة — مستفاد من فتح القدير ص ٧٥ ج ٥

وإذا كان البيع بصيغة الأمر فان دلت الصيغة على الحال كما اذا قال البائع للمشتري خذ هذا الشيء بدرهم فقال أخذته انعقد البيع لان قول البائع خذه أمر بالأخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدّر البيع اقتضاء وثبت العقد باعتباره بخلاف ما لو قال المشتري بعني هذا الشيء بدرهم فقال الآخر بعتك فانه لا بد من قبول المشتري بعد ذلك لان قوله بعني لا يستلزم أنه اشترى — مذكرات المعاملات ص ٤١ ومادة ١٧٢ من المجلة

ومؤدي ذلك أنه ينظر في كل حالة للمعنى فان أفادت البيع اعتبار العقد صحيحاً والا فلا اذ المعنى هو المعتبر في هذه العقود — فتح القدير ص ٧٦ جزء ٥

ويؤخذ من هذا ان كل اتفاق يتضمن وعداً بالبيع مهما كانت عبارته فهو باطل شرعاً

١٥٨ — والظاهر أن المقتن المصري ترك الكلام على الوعد بالبيع حتى لا يصادم أحكام الشريعة الاسلامية التي كانت شريعة البلد وقت اصدار القانون ورأى أن يترك الامر لمعاملات الناس وميولهم على مدى الازمان ويوكل الفصل

فيما يحدث من النزاع للقضاء فإن العادة محكمة ولكل زمان حكم — مادة ٣٦ من المجلة
وكثيراً ما أجاز نفس الفقهاء اموراً على خلاف القياس مراعاة لمصلحة
الناس (كالسليم).

صحته قانوناً

١٥٩ — والذي نراه أن هذه العقود معتبرة قانوناً فللقاضي أن يحكم بصحتها
متى استكملت عناصرها لان القانون لم يحرمها وكل اتفاق خاص بجائز وسار على
المتعاقدين ما لم يخالف النظام العام او الآداب . ومن المفروض على القاضي ان يحكم
بمقتضى قواعد العدل اذا لم يوجد نص صريح في القانون — مواد ٢٨ و ٢٩ ترتيب
اهلى و ٣٤ ترتيب مختلط و ١١ مدنى مختلط

وهذا ما جرت عليه المحاكم مختلطة وأهلية — راجع حكم الاستئناف المختلط فى ٢٦
ابريل سنة ٩٠٦ س ١٨ ص ٢١٥ فقرة ٤٢٨٥ مجموعة ثمانية . وحكم محكمة بى سوييف الاهلية
فى قضية نمرة ١١٣ سنة ٩٠٤ المؤيد من محكمة الاستئناف فى ٢١ ابريل سنة ٩٠٦ فى القضية
نمرة ٣٧٥ سنة ٩٠٥ وهما غير مطبوعين

١٦٠ — ولما كان الوعد بالبيع بهذه المثابة غير محرم قانوناً وجب شرحه وبيان
أقسامه مسترشدين بشروحات الفرنسيين وأحكام محاكمهم فى هذا الصدد

انواعه

١٦١ — فالوعد بالبيع اما ان يكون من المتعاقدين مآ أو من أحدهما أى ملزماً
للجانين أو ملزماً لجانب واحد ولكل أحكام خاصة

البحث الثانى — فى الوعد الملزم للجانبين

١٦٢ — الوعد الملزم للجانبين هو الوعد المتبادل من طرفى المتعاقدين بالبيع
والشراء . وحكمه حكم البيع سواء بسواء عملاً بنص المادة ١٥٨٩ فرنساوى فقد قضت
بأن « الوعد بالبيع كالبيع متى تراضى الطرفان على المبيع وثمنه »

تعريفه

وقبل بيان هذه الأحكام وقيمة هذه الوعود فى القانون المصرى نرى من اللازم
بيان ما وجه من النقد أو الاعتراض على هذا النص فى الشروحات الافرنجية

١٦٣ — قال بعض الشراح ان القانون الفرنساوى وضع بهذا النص قاعدة
غامضة لا تميز بين البيع التام والوعد بالبيع ولا تحدد الفوارق التى بينهما مع أنه لا بد

نقده

وأن توجد فوارق بين العقدين بطبيعة الحال والآ لا كان هناك داع للنص على الوعد بالبيع بصفة خاصة .

والواقع أن التعهد يكون بيعاً إذا اتفق المتعاقدان على أن يبيع أحدهما ويشتري الآخر في الحال وفي هذه الحالة يترتب على التعاقد أحكام البيع فتنقل ملكية المبيع للمشتري إن كان ذاتاً معينة ويجب على البائع أن يسلم المبيع إن لم يكن تسليمه مؤجلاً وعلى المشتري أن يؤدي الثمن إن لم يكن دفعه مؤجلاً

ويكون التعهد وعداً بالبيع إذا اتفق المتعاقدان لا على أن يبيعا ويشتريا في الحال ولكن على الوعد بالبيع والشراء أى انهما يتعاقدان على أمر مستقبل لا على شئ حاضر . يتعاقدان على انشاء البيع فيما بعد لا على انشائه في الحال

ولكن القانون بقوله : الوعد بالبيع كالبيع لم يلاحظ هذه الفوارق فجاء نصه مبهماً —
« بودان فقرة ٢٩ ص ٢٠ كتاب البيع »

١٦٤ — ويرى بلانيول أن هذا النص وإن كان غامضاً ولكن لا يعنى به الوعد

من الجانبين وإنما الوعد من جانب واحد

والوعد من الجانبين في نظره دائماً بيع تام فاذا وصف المتعاقدان في هذه الحالة تعاقدتهما « بوعد بالبيع » فالوصف خطأ أو سوء تعبير في التحرير لا يعول عليه ويقول انه لا فرق بين التعبير بعبارة « أعد بالبيع وأعد بالشراء » وبين التعبير بلفظ « أبيع واشتري » في المؤدى فالتعاقدان بدل أن يقولوا « أبيع واشتري » قالوا « أعد بالبيع وأعد بالشراء » *

ولقد خطأ القائلين بأن نص المادة ١٥٨٩ يرمى الى تعريف الوعد الملزم للجانبين قائلاً ان عبارة « متى تراضى الطرفان على المبيع وثمنه » الواردة في النص والتي اغتر بها مخالفوه فبنوا عليها رأيهم لا يقصد بها إلا الوعد الملزم لجانب واحد لأنه هو الذي كان متعارفاً عند الناس قبل اصدار القانون ولا زالت تتعامل به بعده . أما العرف فلا يعرف الوعد المتبادل من الطرفين بل هو من اصطلاح ووضع المؤلفين . ولكن لما
(٩)

كانت الوعود السابقة على القانون تحصل بشروط متغايرة ومختلفة عن بعضها والثن فيها غير مقدر وكانت تقوم صعوبات كثيرة بسبب ذلك أراد القانون رفعاً لتلك الصعوبات أن يتفق المتعاقدان وقت التعهد بالوعد بالبيع على جميع أركان البيع المستقبل الذى سيقع بينهما بحيث يكون تراضيهما على المبيع والثن تاماً ولا يبقى معلقاً غير قبول المشتري أو البائع بحسب الأحوال أى بحسب ما اذا كان الوعد وعداً بالبيع أو وعداً بالشراء فوضع نصه سالف الذكر وقد استخلص من ذلك الى أن الوعد الملزم للجانبين لا يحصل فى العمل مطلقاً وكما شوهد فى تعهد أو اتفاق كان بيعاً تاماً وأخذ حكمه

١٦٥ — وهذا هو ما جرى عليه العلم والعمل فى مصر كما يظهر فقد قرر شراح القانون المصرى بأنه متى توفرت شروط الوعد بالبيع الواردة فى المادة ١٥٨٩ انطبق على التعهد حكم المادة ٢٣٦ أهلى و ٣٠١ مختلط وامتزج بالبيع التام وانتج حينئذ كل النتائج المترتبة عليه لأن العبرة ليست للفظ والمبنى بل للمقصد والمعنى — راجع جرائم ولان كتاب العقود ص ٨٢ فقرة ٢٢٥ ومذكرات مسيو لمبير الغير المطبوعة

وخكمت المحكمة المختلطة بأنه : يعد بيعاً حقيقياً لا مجرد وعد بالبيع العقد المشتمل على تراضى المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء واتفاقهما على المبيع والثن — « استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ س ٢ ص ٣٩٢ فقرة ٤٦٤١ مجموعة أولى » على انا نرى استيفاء للبحث واقتداء بأغلب الشراح أن نسرده الأحكام المترتبة على الوعد الملزم للجانبين ونذكر بعض الخلافات التى قامت بشأنه فنقول

١٦٦ — ان المقصود بالوعد بالبيع من الجانبين هو أن يكون الوعد ملزماً لكل منهما فيلتزم البائع بالبيع ويلتزم المشتري فى نفس الوقت بالشراء والآن كان التعاقد وعداً من جانب واحد

١٦٧ — وحكم الوعد بالبيع من الجانبين كما تقدم كحكم البيع التام سواء بسواء فتسرى عليه جميع أحكامه وحينئذ يترتب عليه ما يأتى : —

- ١ — انه بمجرد عقده ينتقل الملك في الحال
- ٢ — ان يلتزم المشتري بدفع الثمن وأن يكون المبيع في ضمانه بحسب الأحوال
« مادة ٢٦٦ أهلى و ٣٣٦ مختلط »
- ٣ — انه يجب تسجيل العقد ان كان المبيع عقاراً للاحتجاج به على الغير عملاً
بنص المادة ٢٧٠ أهلى (٣٤١ مختلط)
- ٤ — ان الوعد يبيع ملك الغير باطل الا اذا أجاز له المالك الحقيقى
وغير ذلك من الاحكام التى قررها القانون للبيع سواء كان من جهة الشكل أو
الاثبات — راجع بودرى المطول ص ٤٤
- ١٦٨ — ويلاحظ أن الوعد المتبادل بالبيع لا يعتبر بيعاً الا اذا توفرت جميع
الأركان اللازمة لصحة انعقاده أى متى تم التراضى بالبيع والشراء وحصل الاتفاق
على الثمن والمبيع — مادة ٢٣٦ أهلى ٣٠١ مختلط
- ١٦٩ — فاذا وقع خلاف فى تقدير الثمن أو فى طريقة دفعه وسريان الفوائد
المستحقة كان الاتفاق المعقود عبارة عن مشروع بيع لا بيعاً تاماً ولا وعداً به —
« باندكت فقرة ٢٤٢ مجلد ٥٩ بيع »
- ١٧٠ — أما اذا قبل المشتري الايجاب المعروض عليه بالوعد بالبيع وحفظ لنفسه
الحق فقط فى طلب الاستيضاح عن بعض امور غير جوهرية فى تكوين العقد فالوعد
بالبيع تام — باندكت فقرة ٢٤٣ مجلد ٥٩ بيع
- ١٧١ — والوعد بالبيع صحيح كالبيع متى حصل التراضى من الطرفين على المبيع
وثنمه ولو اشترط تحرير عقد رسمى به فى المستقبل — باندكت فقرة ٢٤٥ ج ٥٩ بيع
والتراضى كما يكون صريحاً يكون ضمناً فاذا أئذر المشتري البائع بالحضور أمام
مؤثق لتوقيع البيع الذى وعد به البائع قبلاً بورقة عرفية كان ذلك دليلاً على الرضاء —
« باريس ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ والباندكت فقرة ٢٤٦ ج ٥٩ بيع »
- ١٧٢ — واذا وقع الاتفاق على المبيع وثنمه بتبادل المراسلات كان الوعد بالبيع
تاماً — محكمة السين ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٣ باندكت فقرة ٢٤٨ ج ٥٩ بيع

١٧٣ — وبناءً على أنه يترتب على الوعد بالبيع المتبادل بين الطرفين نقل الملك في الحال حكم بأن الوعد المحرر بعقد عرفي يتعهد فيه الواعد بأن يبيع عيناً معينة بثمن معين يدفع وقت تحرير عقد البيع الرسمي يخرج العين من ملك الواعد في الحال بمعنى أن التسجيلات المتوقعة بعد صدور الوعد لا تؤثر على حق المشتري ولا يحتج عليه بها لأنها تالية للوعد بالبيع لا سابقة عليه

١٧٤ — وبمجرد تحرير العقد الرسمي يستحق دفع الثمن ولو كان حكم بأن للمشتري أن يحجزه حتى تشطب الرهون الواقعة على العين لأن المراد في هذه الحالة هو شطب الرهون السابقة على الوعد لا الرهون اللاحقة . وإذا تصرف الواعد في العين بعد صدور الوعد بأن باعها لشخص آخر فالموعد له أن يطلب بطلان هذا التصرف « باندكت فقرة ٢٥٣ و ٢٥٤ بيع ج ٥٩ » .

وبالاختصار جميع القواعد التي تنطبق على البيع تنطبق على الوعد الحاصل من الجانبين .

١٧٥ — قلنا أنه متى توفرت جميع أركان البيع الصحيح في الوعد المتبادل بالبيع ترتب عليه نقل الملك في الحال . وقد ارتاب بعضهم فيما إذا كان هذا الحكم يسرى أيضاً في حالة حصول وعد بالبيع لأجل فقال إن نقل الملك يتأجل في مثل هذا التعاقد حين حلول الأجل الذي ضربه المتعاقدان . فإذا وعد أحدهما ببيع منزله ووعد الآخر بشرائه بعد سنة بمبلغ ألف جنيه فإن البيع لا يتم إلا بعد انقضاء السنة وفي ذلك الوقت فقط يصير المشتري مالكاً ويكون ضمان المبيع عليه في الأحوال التي قررها القانون لأن القول بغير هذا مخالف لإرادة المتعاقدين اللذين أرادوا أن لا يقع البيع في الحال وإنما يحصل بعد عام

وقد رد على ذلك العلامة (بودرى) فقال إن هذا الرأي غير صائب لأن نص المادة ١٥٨٩ من القانون الفرنسي الذي قرر قاعدة أن الوعد بالبيع كالبيع ورد عاماً فلم يميز بين البيع المنجز وغير المنجز ويجب أن يكون حكم جميع الوعود بالبيع على

اختلافها سواء كانت لأجل أو مقيدة بشرط كحكم البيوع التامة المقابلة لها بمعنى أن يكون :

حكم الوعد بالبيع المنجز كحكم البيع المنجز
وحكم الوعد بالبيع لأجل كحكم البيع لأجل
وحكم الوعد بالبيع بشرط كحكم البيع بشرط

وبما أنه يترتب على البيع لأجل نقل الملك في الحال وقط يكون المؤجل هو تسليم المبيع أو الثمن وجب أن ينقل الملك في الحال أيضاً بالنسبة للوعد بالبيع لأجل والاعتراض بأن في نقل الملك في الحال مخالفة لإرادة المتعاقدين اعتراض لا أساس له . لأنه إما أن تكون إرادة المتعاقدين في تأجيل نقل الملك ظاهرة صراحة أو دلالة أو غير ظاهرة .

فإن كانت ظاهرة فالأمر ما اتفقا عليه ولا ينقل الملك إلا في الميعاد المحدد لأن الاتفاق قانون المتعاقدين . وإن كانت غير ظاهرة لإصراحة ولا ضمناً فالواجب اتباع نص القانون الذي لم يفرق بين صور البيوع وتحمل إرادة المتعاقدين في مقام الوعد المتبادل بالبيع لأجل على أنهما أرادا تأجيل تنفيذ العقد بعد سنة لا تأجيل تكوينه وانعقاده .

١٧٦ — أما من جهة الوعد بالبيوع المقيدة بشرط فلا خلاف في أنه متى تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد يعتبر الوعد بالبيع تاماً من تاريخ حصوله وتعتبر الملكية منتقلة من ذلك التاريخ — راجع مادة ٢٦٩ ملى و ٣٣٩ مختلط مختصر بودرى ص ٢٩٣

البحث الثالث — في الوعد من أحد الجانبين

١٧٧ — ينقسم الكلام على ذلك الى قسمين :

أولاً — الوعد الملزم للبائع وحده

ثانياً — الوعد الملزم للمشتري وحده

الوعد من البائع ١٧٨ — الوعد من البائع هو عقد يلتزم به شخص بأن يبيع لآخر شيئاً بغير أن يلتزم ذلك الآخر بشرائه

مثال ذلك أن يعد انسان يبيع عقاره بمبلغ ألف جنيه اذا قبل آخر شراءه في خلال ستة شهور — مختصر بودرى فقرة ٤٥٤ جزء ثالث

ومثل هذا التعاقد كثير الحصول في العمل لهذا السبب عنى بعض مؤلفى الافرنج بشرحه شرحاً مستفيضاً وأغفلوا كلية شرح الوعد من الجانبين السابق الكلام عليه قائلين انه كالبيع حكماً ومفعولاً

١٧٩ — ولقد تردد بعض الشراخ في فرنسا بادى الأمر في صحة هذا الوعد قانوناً ولكن الاجماع الآن أنه عقد صحيح ولو لم يكن نص عليه القانون لأن السكوت لا يجعله محرماً وانما يجعله خاضعاً للقواعد العامة ومتى كان غير محرم قانوناً ولا مخالف للنظام أو الآداب فهو صحيح

١٨٠ — ويجب الاحتراز من خلط الوعد بالبيع من جانب واحد بالايجاب في الفرق بين الوعد بالبيع والايجاب في البيع البيع^(١) فان الوعد بالبيع عقد تام تكون بالايجاب وقبول من الواعد والموعود له بخلاف مجرد الايجاب في البيع فانه شطر من العقد لا يتم الا باجتماع القبول معه — « بودرى المطول فقرة ٥٧ كتاب البيع »

١٨١ — ولما كان الوعد المفرد بالبيع تعهداً تاماً أى يجب لتكوينه حصول الايجاب والقبول فاذا صدر وعد من البائع فاما أن يكون الموعود له قبل التمسك به أو لم يقبل فاذا لم يكن قبل التمسك به كان الالتزام بالوعد مجرد عرض^(٢) لا يترتب عليه حق للغير ولصاحبه أن يرجع فيه متى أراد لأن حكمه حكم الايجاب في كل عقد وقد تقدم أن للموجب خيار الرجوع في ايجابه (انظر فقرة ١٠٤)

١٨٢ — أما اذا قبل المشتري التمسك به نشأ عن ذلك العقد المسمى وعداً

(١) Offre de vente

(٢) Pollicitation

ملزماً للبائع^(١) لأنه لا يتم إلا باجتماع إرادتي المتعاقدين (الإيجاب والقبول)
واعتبر هذا العقد ملزماً للبائع وحده لأنه هو الذي تعهد بالبيع . أما المشتري فانه
وان كان قبل التمسك بهذا الوعد لكنه لم يتعهد بالشراء فان شاء اشترى في الأجل
المعين وبذلك يتم البيع وان شاء لم يشتري حتي ينقضي الأجل فيظل مفعول الوعد
كما هو شأن جميع العقود التي من هذا القيل أي الملزمة لجانب واحد بحسب نص
المادة ١٠٣ فرنساوي^(٢)

١٨٣ — وقد ظن بعضهم أن هذا التعاقد مقترن بشرط متعلق بمشيئة أحد الوعد من البائع
المتعاقدين وبذلك يكون باطلاً
ليس من
التعهدات المقترنة
بشرط مفسد

ولكنه ظن فاسد لان الشرط الملحق على مشيئة أحد المتعاقدين ويجعل العقد
المقترن به باطلاً هو الشرط المتعلق بإرادة المتعهد (وهو هنا الواعد) لا المتعلق بإرادة
المتعهد له (الموعد) والواعد هنا قد ارتبط بوعد نهائياً والخيار في تنفيذ العقد وعدم
تنفيذه متوقف على إرادة المشتري وعلى ذلك يكون التعهد صحيحاً عملاً بنص المادة
١١٧٤ مدني فرنساوي — راجع حكم محكمة النقض في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ المنشور
تعليقاً على هذه المادة بمجموعة دالوز الصغيرة — والاحكام الواردة بالبانديك ققرة ٢٧٨
بيع — ٥٩

١٨٤ — وحكم تطبيقاً لذلك بأن الشرط الوارد بعقد اجارة متضمناً الخيار
للمستأجر في شراء العين المؤجرة بثمن مقدّر هو شرط ملزم للمؤجر ولو ان تحقق البيع
متعلق بإرادة المستأجر — محكمة النقض بفرنسا ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ ققرة ٢٧٩ بانديك
بيع ج ٥٩

١٨٥ — وبأنه يعد وعداً صحيحاً بالبيع مقبولاً من الصادر له (الموعد) .

(١) *Promesse unilatérale de vente*

(٢) هذا هو نصها — ويكون (أي العقد) لازماً من جانب واحد اذا التزم واحد أو
أكثر لواحد أو أكثر بشيء بدون التزام من الجانب الآخر

لا مجرد عرض التزام المالك التزاماً غير مقيد بقيد ولا شرط بأن يبيع للموعد له في غضون مدة معينة أرضاً مقدرة المساحة وبثمن متفق عليه بينهما وعلى ذلك يعتبر هذا الالتزام تعهداً لا يجوز للواعد فسخه بمجرد ارادته وحده وخطر الموعد له الواعد بالقبول ليس ذا أهمية فلا يترتب عليه فائدة ما ولا يفيد في الخصومة — باندكت فقرة ٢٨٠ بيع — ج ٥٩

١٨٦ — وقبول الوعد الملزم للبائع اما ان يكون بالصراحة أو الدلالة فان كان القبول بالدلالة فتقديره موكل لفطنة القاضي اذ المسألة مسألة وقائع — بودرى المطول فقرة ٦٢ ص ٤٤٧

١٨٧ — وقد حكم بأنه يعتبر من أنواع القبول بالدلالة ما اذا استلم الموعد له ورقة عرفية متضمنة وعداً بالبيع فأخذها وحفظها بطرفه فان استلام الشخص لورقة شاملة لتعهد في منفعة يفيد قبوله لها وحفظها بطرفه دليل على رغبته في الاستفادة من الايجاب الثابت بها عند الاقتضاء لانه لو لم يكن قابلاً لهذا الايجاب لامتنع عن استلام العقد المثبت له — باندكت فقرة ٢٧٢ ج ٥٩ بيع

١٨٨ — واذا باع الموعد له العين المراد بيعها اليه دل ذلك على قبوله الوعد الصادر له ببيعها لأن بيعها بمعرفة يترتب عليه أن يكون قبل ابتداء شراءها من الواعد حتى يسوغ له التصرف فيها ولا مانع من أن يكون قبوله الشراء والرضاء بالبيع حاصلين في آن واحد وب عقد واحد — باندكت فقرة ٢٧٣ ج ٥٩ بيع وبودرى المطول فقرة ٧٠

١٨٩ — ويلاحظ أن محل ذلك أيضاً أن لا يكون الموعد له رفض الايجاب الصادر اليه من الواعد أو عدل عنه لأنه اذا صدر منه ما يفيد الرفض صراحة أو دلالة ثم قبل بعد ذلك فقبوله لا مفعول له لأنه لم يصادف محله اذ ينبى على الرفض اخلاء مسؤولية الواعد مما وعد به فيسقط ايجابه ومن المقرر أن لا بد من اجتماع الايجاب والقبول لتكوين العقد — قارن فقرة ٢٧٦ باندكت ج ٥٩ بيع

١٩٠ — جرى القضاء في فرنسا على أنه اذا ترك الموعد له التمسك بالوعد بالبيع زمناً طويلاً أفاد ذلك العدول ضمناً عن استعمال الحق المحول له ولكن «بودرى» يقول

إن هذه أحكام يجب النظر والتأني في الأخذ بها لأن ترك الحقوق لا يفترض فيحسن بالقاضى أن يستعين أيضاً في تكوين اعتقاده بظروف أخرى ينتفى معها كل شك يحوم حول ارادة الموعود له من جهة السكوت زمناً طويلاً — يودرى المطول
فقرة ٧٠ والبانديت فقرة ٣١٠ بيع ٥٩

المبحث الرابع — فيما يترتب على الوعد من البائع

١٩١ — يظهر مما تقدم أن الوعد الملزم للبائع ينعقد قبل عقد البيع ويكون مستقلاً عنه أما نفس البيع فلا يتم إلا بعد موافقة المشتري على الشراء. لهذا يتعين بيان حكمه قبل موافقة المشتري على الشراء وبيان حكمه بعد الموافقة

١٩٢ — أما حكم الوعد بالبيع الملزم للبائع وحده قبل موافقة المشتري على الشراء فهو ما يأتي:

في حكم الوعد
الملزم للبائع قبل
موافقة المشتري

طالما أن الموعود له لم يبدِ رغبته في الشراء خلال الأجل الممنوح له فالبيع لا ينعقد. ومن ثم لا ينتقل الملك بالنسبة للواعد. ولا يكون الضمان على المشتري في الاحوال التي قررها القانون

وكل ما يترتب على الوعد في هذه الحالة إنما هو حق شخصي يلتزم الواعد بمقتضاه أن يحتفظ بوعده حتى ينتهي الأجل أو يبدى المشتري في خلال ذلك رغبته في الشراء أو عدم الشراء

١٩٣ — ولهذا إذا خالف الواعد هذا الالتزام فتصرف في العين بان باعها لآخر انتقلت ملكيتها إليه لأنه لم يترتب على الوعد بالبيع حق عيني للموعود له بل الذي يترتب هو تعهد شخصي أصبح تنفيذه بعد البيع متعذراً ومستوجباً لالزام الواعد بالتعويضات فقط شأن كل تعهد بحق شخصي استحالة تنفيذه

التصرف في
العين الموعود
بيئها

واتقاء لمثل هذه النتيجة يتفق الخصوم في بعض الأحيان على رهن العين الموعود ببيعها رهناً عقارياً لتكون ضامنة لسداد التعويضات المستحقة اذا بيعت العين لغير

الموعود له — بلانيول فقرة ١٤٠٣ ص ٤٧١ ج ٢

١٩٤ — وبناءً على ما تقرر من عدم انتقال الملك حكم بأن للواعد أن يرهن العين رهناً عقارياً لأنها لم تخرج عن ملكه وأن الرهن صحيح ما دام حصل قبل ابداء المشتري رغبته في الشراء — باندكت فقرة ٢٨١ بيع ٥٩

١٩٥ — إذا هلك المبيع الموعود ببيعه فانه يهلك على الواعد وذلك لانه من البديهي انه متى هلك المبيع فالموعود له لا يقبل الشراء ومتى لم يقبله فلا يتم البيع

١٩٦ — ولكن قد يتفق أن لا يهلك المبيع وانما تزيد قيمته أو تنقص فما حكم ذلك؟

اما اذا نقصت قيمة المبيع أو تلف بعضه فمن البديهي كذلك أن الموعود له يتمتع عن الشراء فلا يحصل البيع فاذا رأى فائدة له في القبول ثم البيع ولكن بالثمن المقدر في عقد الوعد بالبيع بلا نقص فيه — باندكت فقرة ٣٠٣ بيع ج ٥٩

في ملاكها
وزيادتها
او نقصها

أما اذا زادت القيمة وجب التفريق بين الزيادة الطبيعية والزيادة الناشئة من فعل الواعد

١٩٧ — فان كانت الزيادة طبيعية كأن كانت ناشئة من طمى نهر أو فتح شارع أو غيره فالرأي الراجح ان الثمن يزيد بنسبتها لأننا قلنا إن العين اذا هلكت أو نقصت قيمتها تهلك أو تنقص على الواعد فمن العدل أن يستفيد من زيادة قيمتها

١٩٨ — وان كانت الزيادة ناشئة من فعل الواعد وجب النظر فيما اذا كانت هذه الزيادة ضرورية أو نافعة أو كمالية

١٩٩ — أما إن كانت الزيادة ضرورية بأن كانت لازمة لصيانة المبيع وسلامته من العطب كان على الموعود له اداء قيمتها — باندكت فقرة ٣٥٩ ص ٣٥ بيع ج ٥٩

٢٠٠ — وان كانت نافعة فقط ولكنها غير ضرورية لزم الموعود له قيمتها أيضاً

بناءً على قاعدة « الغرم بالغنم » اذ ليس للانسان أن يقتنى من مال غيره بلا مقابل وبطريق القياس على الحالة الواردة في المادة ٣٤٤ أهلى (٤٣٠ مختلط و ١٦٧٣ فرنساوى) والقاضية بأنه لا يجوز فسخ البيع الوفاى الا بعد تأدية ما زاد في قيمة المبيع

بسبب المصاريف الأخرى التي صرفها المشتري بشرط أن لا تكون فاحشة —
« قارن فقرة ٣٦٠ باندكت بيع ٥٩ »

٢٠١ — أما الزيادة الكمالية وهي التي تكون من قبيل الزخرف فلا يلتزم الموعود
له بقيمتها اذ لا مصلحة له منها ولكن للواعد أخذها لنفسه قياساً على ما ورد بمادة ٥٩٦
فرنساوى المجيزة أخذ أشياء الزخرفة وغيرها متى كان ذلك ممكناً بشرط إعادة الشيء
لأصله ولو تركت لاغتنى الموعود له من مال غيره بلا مقابل وهذا غير جائز —
« باندكت فقرة ٣٦١ بيع ج ٥٩ »

٢٠٢ — وكون الوعد لا يترتب عليه غير حق شخصى ولا يمنع الواعد من
التصرفات بالكيفية السابقة هو الرأى المعول عليه

٢٠٣ — وقد كان ذهب بعضهم الى اعتبار الوعد بالبيع بمثابة بيع تحت شرط
بمعنى أن البيع يتم من وقت انشاء الوعد ولكنه يبقى معلقاً على طلب الموعود له نفاذه
فاذا طلب النفاذ عد مالكاً من وقت صدور الوعد لا من وقت طلب النفاذ بناء
على قاعدة « استناد التعهدات الى وقت التعاقد اذا تم الأمر المعلق عليه الشرط »
(مادة ١٠٥ أهلى و ١٥٩ مختلط).

في أن الوعد
بالبيع ليس بيعاً
بشرط

وبناء على ذلك أجاز للموعود له أن يبطل التصرفات الحاصلة من الواعد بعد
الوعد بالبيع متى كان حفظ حقه بالنسبة للغير قانوناً بأن سجل عقد الوعد بالبيع
ولكنه رأى غير مقبول لمخالفته للمبادئ القانونية واليك البيان : يفترض أصحاب
هذا الرأى وجود شرط من حيث لا وجود له . اذ اعتبار هذا التعاقد بيعاً معلقاً على
شرط دليل على التزام الموعود له بالشراء من تاريخ صدور الوعد . وليس الأمر كذلك
فقد بينا أن الموعود له يقتصر على مجرد قبول الوعد ولم يتعهد أبداً بالشراء فله أن
ينتفع بالوعد فيبدى رغبته فى الشراء كما له أن لا يشتري . ولهذا كان التعاقد بطبيعته
ملزماً لجانب واحد . ونفس طلب النفاذ هو المكون للعقد لانه فى هذا الوقت يتحد
ايجاب البائع بقبول المشتري . فمن الخطأ الواضح أن يعتبر حصوله متمماً لشرط البيع

لأننا بذلك نلزم المشتري بتعهد لم يكن تعهد به من قبل طلب النفاذ ونخالف القاعدة القاضية بأنه لا يعتبر الوعد بالبيع بيعاً بمجرد حصوله إلا إذا كان التراضي متبادلاً من المتعاقدين على البيع وثمنه والرضاء هنا حصل من البائع وحده — بودرى المطول ص ٤٧ فقرة ٦٤ كتاب البيع

وقد صدرت بعض الأحكام في فرنسا بإبطال مثل هذه التصرفات متى كانت صادرة بسوء نية ارتكائاً على نص المادة ١٣٨٢ فرنساوى (المقابلة لمادة ١٥١ مدنى أهلى و ٢١٣ مختلط) أو المادة ١١٦٧ فرنساوى (المقابلة لمادة ١٤٣ أهلى و ٢٠٤ مختلط) «راجع الأحكام الرقبة ١٧ اغسطس سنة ١٨٤٨ محكمة بوردو و ٦ يولييه سنة ١٨٨٣ محكمة ليون و ٤ ابريل سنة ١٩٠٦ محكمة نانسى»

ويرى بلانيول ان هذا الابطال لا يجوز أن يحصل بناء على قاعدة جواز ابطال تصرفات المدين (الدعوى البولسية) لأنها تستلزم عسر المدين الذى يريد منع دائنيه من الحصول على حقهم الذى يطالبون بالوفاء به نقداً لا عيناً وانما على قاعدة «من سعى فى تقضى ما تم من جهته فسعيه مردود عليه» — راجع بلانيول فقرة ٤٠٣ ج ٢ ٢٠٤ — اذا سلمنا بأنه لا يترتب على الوعد بالبيع للمشتري غير حق شخصى طالما أن المشتري لم يبد رغبتة فى الشراء فيترتب على ذلك أن لا محل لتسجيل عقد الوعد الملزم للبائع اذا كان المبيع عقاراً لأن التسجيل لا يغير صفته ولا يؤثر على طبيعته ولا ينقلب هذا الحق الى حق عينى الا متى ابدى المشتري رغبتة فى الشراء صراحة أو دلالة

٢٠٥ — اذا وافق المشتري على الشراء تم البيع وكان على البائع تنفيذاً لوعده أن يحرر عقد البيع الصحيح المستكمل للشرائط القانونية لأنه من هذا الوقت تسرى جميع أحكام البيع من نقل للملك أو ضمان للمبيع فى حالة الهلاك بحسب الأحوال القانونية أو دفع للثمن وغير ذلك

فى حكم الوعد الملزم للبائع بعد الموافقة

٢٠٦ — ولكن قد يتفق أن يتمتع الواعد عن تنفيذ وعده بالبيع فهل يجوز له الوعود له أن يجبره على تسليم المبيع متى وافق على الشراء

فى امتناع الواعد عن تنفيذ وعده

الرأى الذى اختاره الشراح واعتمدته المحاكم فى فرنسا هو أن للموعد له الحق فى أن يجبر الواعد على الوفاء بوعده كما له أن يطالبه بالتضمينات وذلك لأنه متى وافق المشتري على الشراء صار البيع تاماً لوجود التراضى من الجانبين وأصبح التعهد حاصلًا من الطرفين . فيكون حكمه حكم الوعد الملزم للجانبين السابق الكلام عليه . أى ينقل الملك ومتى انتقل الملك كان للمشتري الحق فى أن يجبر البائع على تسليم المبيع بناءً على نص المواد ٢٦٦ و ٢٧١ وما يليها مدنى أهلى (٣٣٦ و ٣٤٢ مختلط) والقواعد العامة فى التعهدات (مواد ١١٧ و ١١٨ أهلى و ١٧٣ وما يليها مختلط) بمعنى أنه اذا امتنع الواعد الذى صار بائعاً عن تسليم المبيع حكم القاضى بصحة انعقاد البيع وأمر بالتسليم وقام الحكم مقام العقد (لا أن يحكم بالزام البائع بتحرير العقد كما كان حاصلًا فى فرنسا قبل اصدار القانون المدنى) وذلك لأن جميع أركان البيع قد توفرت « راجع بلانيول فقرة ١٤٠٦ ج ٢ وبودرى المطول فقرة ٦٦ كتاب البيع » .

٢٠٧ — ويجوز للمشتري بعد الموافقة على الشراء أن يسجل عقده اذا كان المبيع عقاراً حفظاً لحقوقه التى أصبحت عينية

فى جواز
التسجيل

٢٠٨ — ولأجل أن يتم البيع عند الموافقة يجب أن يكون الوعد به ولو من جانب واحد مشتملاً على جميع العناصر المكونة للبيع وهى الاتفاق على المبيع وثمنه

فيما يجب أن
يشتمل عليه لوعده

٢٠٩ — ويرى بوتيه^(١) أنه اذا لم يكن حصل الاتفاق على الثمن بين المتعاقدين جاز تقديره بواسطة خبراء . ولكنه رأى مردود وغير مأخوذ به عملاً لأن الوعد بالبيع من جانب واحد وان لم يكن بيعاً تاماً ولكنه سيصير كذلك بمجرد موافقة المشتري واظهار رغبته فى الشراء فوجب أن يشتمل على جميع أركان البيع ومنها تقدير الثمن وقد حتم القانون أن يكون تقدير الثمن باتفاق المتعاقدين أو بتراضيهما على تقديره بواسطة أجنبي طبقاً لنص المادة ١٥٩٢ فرنساوى ومثل هذا التراضى لم يحصل هنا فلا يجوز حينئذٍ تعيين خبير لتقديره بل يعتبر الوعد صادراً بغير اتفاق على الثمن أى باطلاً — بودرى المطول فقرة ٦٨ والبانديكت فقرة ١٤٨ بيع ج ٥٩ والأحكام الواردة تعليقاً عليها

٢١٠ — ويقول بعضهم أن في الأمر نظراً. فلما أن يكون المتعاقدان قد اشترطا أن يكون البيع بالسعر الجارى أو بالثمن الذى يساويه المبيع عند البيع أو لم يذكر شيئاً خاصاً بالثمن

فإن كان الاول اعتبر البيع صحيحاً وإن كان الثانى اعتبر باطلاً ولكن هذا التفريق أيضاً غير مسلم به لأن ذكر مثل هذه الاشتراطات لا يفيد أن الثمن مقدر. والواجب قانوناً تقديره ولو بطريق الاحالة كما إذا اتفق المتعاقدان على حصول البيع بالثمن الذى اشترى به البائع. فانه فى هذه الحالة يمكن الرجوع الى عقد شراء البائع ومعرفة الثمن. إما وعقد البيع لا يشتمل الا على عبارات عامة مبهمه من جهة الثمن كاشتراط بيعه بقيمته الحقيقية أو بالثمن الذى يساويه عند البيع فلا يمكن اعتبارها تقديراً للثمن لأن هذه العبارات تستدعى تقويم المبيع وتقدير الثمن عند البيع وذلك ما يفضى الى المنازعة التى أراد القانون تحاشيها بان اشترط الاتفاق على الثمن — باندكت فقرة ٢٨٥ بيع ج ٥٩

وعلى ذلك اذا قبل المشتري وعداً ملزماً للبائع بغير اتفاق على الثمن انعقد البيع باطلاً لنقص أحد أركانه

٢١١ — وحكم بأن الوعد بالبيع المشتمل على بيع قدر معين من الامتار فى قطعة أرض تنطبق حدودها الواردة به على جملة جهات من قطعة الارض غير ملزم للواعد وذلك لعدم الاتفاق على المبيع — فقرة ٢٨٦ باندكت بيع — ٥٩

٢١٢ — وكذلك اذا اختلف المتعاقدان على طول وغرض طريق وعد البائع ببيعه لمستأجر أرضه وتبين أن عقد الوعد بالبيع خال من ذكر مقدار الطول والعرض يعتبر الوعد بالبيع غير ملزم للواعد لعدم تعيين المبيع بخصوصاً اذا ظهر أن ليس فى الامكان اتباع العرض المتبع فى اقامة الطرق الخاصة بالمرور لانه من اللازم انشاؤه على استقامة طريق عام — محكمة ايمان ٢٤ بوليه سنة ١٩٠٠ باندكت فقرة ٢٨٨ بيع ٢٥٩

٢١٣ — ويجوز الموعود له أن يتنازل عن حقه في الشراء بالكيفية المقررة في القانون للحالة بالديون وبيع مجرد الحقوق بمعنى أن ملكية الحق المبيع لا تنقل ولا يعتبر بيعها صحيحاً بمقتضى القانون الأهلى الا اذا رضى المدين بذلك كتابة (مادة ٣٤٩ أهلى) أما فى القانون المختلط فتنقل الملكية بين المحيل والمحال اليه بمجرد تراضيهما وتنقل بالنسبة للغير باعلان الحالة للمحال عليه أو بقبولها منه بورقة ذات تاريخ رسمى (٤٣٥ و ٤٣٦ مختلط)

٢١٤ — واذا بيع هذا الحق بالكيفية السابقة كان للمحال له أن يطلب من الواعد تنفيذ وعده بشرط بقاء المحيل ضامناً للثمن ولجميع تعهدات المشتري الأخرى — « بودرى المطول فقرة ٦٩ كتاب البيع والاحكام الواردة تليقاً عليها »

٢١٥ — والوعد بالبيع كالبيع يجوز أن يكون باتاً أو مؤجلاً تسليم المبيع أو الثمن أوهما معاً أو مقيداً بشرط وتجرى فى كل حالة من هذه الأحوال الأحكام المقررة لها فى البيع التام

٢١٦ — قلنا ان البيع يتم اذا وافق المشتري على الشراء وفى العادة يحدد المتعاقدان أجلاً يقبل فيه المشتري الشراء حتى اذا انقضى الأجل المذكور سقط تعهد الواعد وخلت مسؤوليته مما وعد

ولكن ليس للواعد أن يرجع فى وعده قبل الانقضاء
أما اذا انقضى الأجل فيسقط تعهده من تلقاء نفسه بغير حاجة لتكليف رسمى منه لأن ذلك مؤدى اتفاقهما وهو قانونهما

٢١٧ — وحكم بأن الوعد بالبيع الصادر لمديرى شركة مساهمة ليس لهم الحق فى عقد البيع نهائياً بغير تصديق الجمعية العمومية لا يلزم الواعد اذا انقضى الزمن المحدد قبل أن يحصل تصديق الجمعية ولو قبله المديرون قبل انتهاء المدة لأن قبولهم وحده غير كاف بل لا بد من تصديق الجمعية العمومية عليه حتى يكون صحيحاً وملزماً للمديرين والتصديق لم يحصل إلا بعد مضي الميعاد — باتدكت فقرة ٣٠٠ بيع ٢٥٩

فى جواز تحويل
التعهد بالوعد
بالبيع

فى صيغ الوعد
الملزّم للبائع

فى تحديد اجل
لقبول الشراء

٢١٨ — وبأن قبول مشتري شيء موعود يبيعه في أجل معين يكون صحيحاً إذا حصل بكتاب محرر في اليوم الأخير من الأجل المحدد ولو لم يصل الكتاب المشار إليه للواعد إلا في اليوم التالي أي بعد انقضاء الأجل وذلك لأن القبول وقع صحيحاً وصادف محله والعبارة بوقت حصوله لا بوقت وصوله — راجع البانديكت فقرة ٣٠٣ بيع ج ٥٩

والظاهر أن هذا الحكم مخالف لما تقرر آنفاً في فقرة ١٢٨ فراجع

٢١٩ — وإذا لم يحدد الأجل بين المتعاقدين جاز للواعد أن يطلب من القضاء تحديده حتى لا يبقى مرتبطاً بتعهدده إلى أجل غير مسمى وهو أمر لم يقصده الطرفان وقت تحرير الوعد ولأنه ليس للواعد أن يحدد بمحض إرادته ذلك الأجل — بودري المطول فقرة ٧٠ كتاب البيع

في طلب تحديد
الأجل من
القضاء

٢٢٠ — ولكن لا ينبغي أن للواعد أن يتمسك بنص المادة ٢٠٨ أهلي القاضية بأن جميع التعهدات تزول بمضي مدة خمس عشرة سنة — بانديكت فقرة ٣٠٦ بيع ج ٥٩

٢٢١ — ووجه عدم ترك الحرية للواعد في تحديد الأجل هو أن لا يبقى الموعود له تحت رحمة الواعد الذي يهدده في أي وقت بفسخ التعهد ولهذا تكون المحاكم هي الحكم بين الطرفين لأن مأموريتها تفسر اتفاقات المتعاقدين

٢٢٢ — ويرى بعضهم رأياً آخر وهو أن يبدأ الواعد بتكليف الموعود له رسمياً بأن يبدى رغبته في زمن معين في تنفيذ الوعد أو عدم تنفيذه فإذا رأى الموعود له أن الزمن غير كاف حكم القاضي في الأمر أما إذا لم يبدِ معارضة ما وانتهى الأجل المضروب ولم يبدِ رغبته في الشراء سقط تعهد الواعد ولهذا الرأي أفضلية ترك السبيل للمتعاقدين للاتفاق ودياً فإن لم ينجحوا عرضاً الخلاف على القضاء فيفصل فيه بعكس الرأي السابق فإنه يشير بالتقاضى مباشرة — راجع دوفرجه المجلد الأول فقرة ١٢٧ والبانديكت فقرة ٣٠٩ ص ٣١ بيع — ٥٩

٢٢٣ — ويجب أن يستوفي الوعد بالبيع أيضاً شروط الصحة اللازمة للبيع التام وعلى هذا يحرم على القضاة ووكلاء النيابة وغيرهم ممن ذكروا بمادة ٢٥٧ مدني أهلي (٣٢٤ مدني مختلط) أن يقبلوا وعداً يبيع حق متنازع فيه تكون رؤيته من خصائص

في بطلان الوعد
بالبيع للموظفين
والنائبين عن
غيرهم

المحكمة التي يؤدون فيها وظائفهم وإذا وقع ذلك كان الوعد بالبيع باطلاً

٢٢٤ — وكذلك لا يجوز للأولياء ولا للأوصياء أو الوكلاء أن يقبلوا وعداً ببيع الشيء المنوط بهم بعه في الاحوال المنصوص عليها في مادة ٢٥٨ مدني أهلي (٣٢٥ مختلط) وذلك لأنه سينقلب الى بيع تام وهو غير جائز

٢٢٥ — وبما أن الوعد بالبيع ينقلب الى بيع تام من يوم موافقة المشتري على الشراء أحكام مختلفة فإذا لحق البيع وجه من أوجه البطلان أو الفسخ ابتدأت المدة اللازمة لسقوط الحق في دعوى البطلان أو الفسخ من التاريخ المذكور — باندكت فقرة ٢٩٧ بيع ج ٥٩

٢٢٦ — اذا صدر وعد بالبيع تحت شرط أى متعلقاً بأمر مستقبل وغير محقق فتتبع في شأنه قواعد الشرط في التعهدات . فإذا كان الشرط موقفاً لايجاد البيع فلا يتم البيع الا عند وقوع الامر المعلق عليه الشرط . وإذا كان الشرط فاسخاً برى الواعد بوقوع الشرط — باندكت ٣١٧ بيع ج ٥٩

٢٢٧ — وحكم بناء على ذلك بأنه لا مفعول للوعد الصادر من البائع بورقة عرقية ولكن تحت شرط تحرير عقد رسمي به ودفع الثمن في زمن معين اذا لم تستوف هذه الشروط في الزمن المعين . بمعنى أنه ليس للموعد له أو لمن تحول اليه هذا الحق أن يطلب تنفيذ الوعد عند عدم اتمامها — محكمة تولوز في ٩ اغسطس سنة ١٩٠٨ والبانديت فقرة ٣١٨ بيع ج ٥٩

المبحث الخامس — في بيع التفضيل (أو الاولوية)^(١)

٢٢٨ — بيع التفضيل أو الاولوية نوع من أنواع الوعد بالبيع

٢٢٩ — وتعريفه انه اتفاق يلتزم به الواعد ببيع شيء بالأولوية لشخص معين

عند تساوى الأثمان — بودري المطول فقرة ٧١

(١) Pacte de préférence ou promesse de préférence

مثال ذلك الاتفاق المعقود بين الحكومة وشركة استخراج البترول فقد تعهدت الشركة بجعل الاولوية للحكومة في توريد المطلوب لها منه كما جعلت حداً أقصى للسعر الذى تباع به فى القطر المصرى

٢٣٠ — ويترتب على هذا التعاقد ما يترتب على الوعد بالبيع من الأحكام. فإذا باع الواعد العين لشخص آخر غير الموعود له فلا يلزم بغير التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بحق شخصى وليس للموعود له أن ينزع العين من تحت يد المشتري ان كان المبيع عقاراً لأن حقه شخصى لا عينى الا اذا تبين أن ظروف البيع تفيد حصوله اضراراً بحق الدائن وتميز رفع الدعوى البولسية

حكمه

٢٣١ — وقد طعن فى صحة هذه الاتفاقات بأنها :

الطعن فى صحته

أولاً — تعهدات متوقفة على مشيئة الواعد. وأجيب بأن التعهد الباطل هو التعهد المتوقف على مجرد مشيئة المتعهد لا التعهد المتعلق بأمر قد يحصل أو لا يحصل وإذا حصل فيكون وقوعه خارجاً عن ارادة المتعهد

ثانياً — تعهدات خالية من بيان الثمن وبيانه لازم لصحة التعاقد. وردّ بأن الثمن وان لم يكن مبيناً تقدماً ولكنه مقدّر فى الشروط بتقدير تاماً اذ متفق فيه أن الواعد يبيع بالثمن الذى يطلب الشراء به عند عرضه للبيع

٢٣٢ — ولما كان البيع بالتفضيل قد يحصل أحياناً من نفس المشتري لبائعه كحالة الشريك أو الوارث الذى يشترط على شريكه أو الوارث معه انه اذا أراد بيع حصته فانه يفضل على غيره ويبيعها اليه بالأولوية قارن الشراح بين هذا الاشتراط وبين بيع الوفاء وقالوا إن الفرق عظيم بين الامرين. فان بيع الوفاء يكسب المشتري حقاً عينياً بمقتضاه يتبع العين تحت يد الحائز لها أياً كان. وأما الموعود له فى بيع التفضيل فلا يملك غير حق شخصى يخول له المطالبة بالتضمينات اذا اشترى العين ثالث —

مقارنته ببيع الوفاء

٢٣٣ — قلنا إنه إذا باع الواعد العين الموعود يبيعها يبيع تفضيل لزمته التضمينات جواز التصرف بالمرتبة على هذا التصرف (انظر فقرة ٢٣٠ السابقة) ولكن هذا التضمين قاصر على بغير البيع في بيع الأولوية حالة التصرف بالبيع فقط . فإذا تصرف الواعد في العين بتصرف آخر كأن وهبها أو قايض عليها فلا يلزم بشيء . وحكمة ذلك أن تعهده بالبيع بالأولوية لا يعد منعاً من التبرع بلا عوض . فإذا وهب لم يكن للموعود له أن يدعى الأولوية في الهبة عن الموهوب له وقد أراد الواهب منفعة الشخصية . وإذا قايض فليس له أن يحول بينه وبين ما يريد امتلاكه من بدل قد يرى أخذه لأسباب شخصية خصوصاً إذا لوحظ أن تعهده يتضمن فقط أنه يفضل الموعود له إذا باع فيجب عدم التوسع في تأويل قصد المتعاقدين وأن لا تتعدى نتائج التعهد ما أريد به وهو البيع — بودرى المطول فقرة ٧٢ كتاب البيع

٢٣٤ — والفرق بين هذا التعاقد وتعاقد الوعد بالبيع المجرد أنه في حالة الوعد بالبيع الفرق بينه وبين الواعد بالبيع المجرد من غير شرط التفضيل يكون الثمن مقدراً أما في عقد بيع التفضيل فان تقديره يرجع الى ما يساويه المبيع عند عرضه للبيع . ولكن هذا ليس بمانع من أنه في بيع التفضيل قد يعين الثمن تعييناً صريحاً ولو عين فلا يكون وعداً متبادلاً من الجانبين كما ظن البعض لان الموعود له لم يتعهد بالشراء وهو شرط لازم لتكوين البيع

٢٣٥ — وإذا حدد المتعاقدان أجلاً للبيع فيه بالأولوية كاشتراط المؤجر البيع للمستأجر على وجه التفضيل مدة الايجار سقط التعهد باقضاء الأجل أو بفسخ شروط الايجار جبراً أو اختياراً . أما اذا طلب المستأجر الشراء فينقلب الوعد الى وعد من الجانبين بالبيع والشراء وبذلك يتم العقد ويترتب عليه جميع النتائج السابق شرحها بالنسبة للوعد من الجانبين

٢٣٦ — لان عقاد بيع الأولوية يجب أن يكون التعهد مشتملاً على التزام حقيقي مايشتمل عليه من الواعد بالبيع بالأولوية . فإذا اقتصر العقد على عدم بيع الشيء بثمن معين الا بعد اخطار الموعود له فلا يعد ذلك وعداً ولا تترتب عليه حقوق للموعود له اذا أخل الواعد بعهده فباع للغير بغير اخطاره لانه لا يوجد ارتباط قانوني بين الطرفين — « تعليقات دالوز . مادة ١٥٨٩ . فقرات ١٤٩ و ١٥٠ و ١٥١ »

المبحث السادس — في الفرق بين الوعد بالبيع من الجانبين والوعد بالبيع من جانب واحد

٢٣٧ — يتبين من مقارنة أحكام التعهدين السابق الكلام عليهما وهما الوعد من الجانبين أو من جانب واحد أن هناك فروقاً بينهما وهي تلخص فيما يأتي :

أولاً — أن الوعد بالبيع المتبادل يعد بيعاً حينئذٍ ينقل الملك ويجعل للمشتري حقاً عينياً على المبيع. أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فلا يجعل للمشتري غير حق شخصي

ثانياً — أنه في حالة الوعد من الجانبين إذا باع الواعد الشيء الموعود به فيعتبر أنه باع ما لا يملك وكان للموعود له الذي حفظ حقه قانوناً أن يتمسك به قبل الغير ويسترد المبيع ممن اشتراه

أما في حالة الوعد بالبيع من جانب البائع فلا يكون للموعود له غير حق المطالبة بتعويضات إذا باع الواعد الشيء الموعود ولا يجوز له أن يطلب بطلان البيع إلا إذا كان صادراً بسوء نية وبقصد الإضرار بحق الموعود له أي عند توفر شروط الدعوى البولسية

ثالثاً — إذا كان موضوع الوعد المتبادل عقاراً وجب تسجيله للاحتجاج به على الغير لأنه ناقل للملك . أما في الوعد المفرد فلا محل لتسجيله لأن الحق المترتب عليه شخصي ولا يسجل إلا بعد صيرورته وعداً متبادلاً أي بعد الموافقة على الشراء وطلب التنفيذ .

رابعاً — في الوعد المتبادل يكون ضمان المبيع على المشتري في الأحوال التي قررها القانون وفي الوعد المفرد يكون دائماً على الواعد

خامساً — لا يجوز في الوعد المتبادل بيع شيء مملوك للغير كما في البيع التام ولكن يجوز ذلك في الوعد المفرد — راجع كاربنتيه فقرة ٢٣٤ وما بعدها ج ٣٩ ص ٨٢٣ وبودرى المطول فقرة ٧٥

المبحث السابع — في الوعد بالبيع من جانب المشتري

٢٣٨ — الوعد من المشتري هو اتفاق يلتزم به شخص بأن يشتري من آخر شيئاً بغير أن يلتزم ذلك الآخر ببيعه

٢٣٩ — ويرى من مقارنة هذا التعريف بتعريف الوعد بالبيع من جانب البائع ^{حكمه ومقارنته بالوعد من البائع} انهما متقابلان . وغاية الأمر أنه بدل أن يكون الالتزام في أحدهما من البائع كان هنا من المشتري . ولهذا كانت أحكامهما في الحقيقة واحدة .

فكما ان المشتري في الحالة السابقة كان مخيراً في الشراء وعدمه فالبائع هنا مخير في البيع وعدمه اذ الملتزم في الحقيقة جانب واحد وهو المشتري أما البائع فلا يلتزم بشيء . وعلى ذلك اذا لم يرد أن يبيع للمتعهد بالشراء جاز له أن يبيع لمن شاء بالثمن الذي يشاء بلا قيد . وانما له أن يجبر الواعد بالشراء على أن يشتري تنفيذاً لتعهد متى قبل هو البيع لأن الوعد يصبح حينئذ متبادلاً من الجانبين وكل وعد متبادل يعد يعباً وتترتب عليه الأحكام السابق تفصيلها

وقبل قبول البائع البيع أو ابداء رغبته في البيع لا يكون للمتعهد بالشراء أى حق عيني على العين المراد شراؤها

واذا حُدد للوعد بالشراء أجل معين سقط التعهد بالتضائه . فان كان الأجل غير معين رُجع للقضاء في تحديده بحسب ظروف الأحوال - راجع ما ذكرناه تفصيلاً عن ذلك في فصل الوعد من البائع

٢٤٠ — وهذا التعاقد يحصل كثيراً في فرنسا بالنسبة للعقارات التي تباع بواسطة كيفية حصوله

القضاء كبيع أموال القصر فان الأوصياء كثيراً ما يبحثون عن مشتري يشتري العين المعروض بيعها بثمن معين حتى لا تباع بثمن بخس اذا تواطأ المزايدون أو قل راغبوا الشراء . فهذا التعهد بالشراء يكون وعداً ملازماً للمشتري وحده لان الوصى لا يجوز له

أن يبيع مال القاصر بما أن القانون اشترط حصوله على يد القضاء^(١) و يترتب على وعد المشتري بالشراء أنه إذا لم تصل المزايدة الى القيمة التي التزم بها ورسا المزااد بأقل منها ألزم بالفرق للقاصر بصفة تعويض . أما اذا تجاوز المزااد القيمة فتخلو مسئوليته مما تعهد به حتى ولو أبطل المزااد فيما بعد واعدت اجراءاته من جديد أو تأخر الراسى عليه المزااد عن دفع الثمن ويغت العين بالمزايدة على ذمته . وذلك لان التزامه قاصر على المرة الأولى التي التزم فيها وأوفى بالتزامه من حيث ابلاغ العين الى الثمن المتفق عليه

ولو كان التزامه لأجل معين فتجاوزت الاجراءات الأجل المضروب سقط التعهد بالتقضائه ولو لم ينبه عليه رسمياً بذلك فان مضى المدة وحده مسقط لتعده والا لكان ملزماً بأمر خارج عن حدود التعهد الا وهو اطالة امده — راجع بودرى المطول فقرة ٧٦ وما بعدها ص ٥٦ كتاب البيع

الفرع الرابع — في العربون

٢٤١ — يطلق العربون^(١) على المبلغ الذي يدفعه أحد المتعاقدين (وغالباً المشتري) للآخر عند الاتفاق على بيع او وعد بالبيع تعريفه
٢٤٢ — والغرض من دفع العربون إما الدلالة على انتهاء الاتفاق بين المتعاقدين الفرض منه
على البيع وإما الدلالة على عدم الانتهاء وان لكل منهما خيار الرجوع في الاتفاق وتقضيه مقابل خسارة العربون

(١) يذهب الآن المجلس الحسبي العالى لتقرير مبدأ بيع أموال القصر طبقاً لنص أحكام قانون المرافعات ولكن المبدأ في نظرنا لا يسلم من الاعتراض
(٢) جاء في قاموس المصباح المنير : العربون هو أن يشتري الرجل شيئاً أو يستأجره ويعطى بعض الثمن أو الاجرة ثم يقول ان تم العقد احتسبناه والا فهو لك ولاأأخذه منك — راجع كلمة عرب والبيع بالعربون منهي عنه شرعاً بنص الحديث لما فيه من الشرط والغرر (حيث لا يعلم ان كان البيع يتم أو لا يتم) وأكل أموال الناس بالباطل وهو أخذ العربون بلا مقابل ولكن الظاهر أن هذا النهى قاصر على حالة ترك العربون اذا لم يتم العقد أما اذا تم البيع واحتسب العربون من الثمن فالبيع جائز (انظر شرح الزرقاني على صحيح الموطأ للإمام مالك ج ٣ ص ٩٥)

٢٤٣ — فان كان الغرض من دفع العربون الدلالة على اتمام العقد احتسب المبلغ الذى دفعه المشتري من أصل الثمن لأنه في العادة يدفعه بصفة جزء منه ضماناً لتنفيذ العقد

ودفع المبلغ في هذه الحالة وبهذه الصفة مفيد من جهة الاثبات لأنه يعد شروعاً في الوفاء والشروع في الوفاء طريق من الطرق المجيزة للاثبات بالينة أو بالقرائن اذا حصل نزاع بين الطرفين ولم توجد كتابة مثبتة للتعاقد — انظر مادة ٢٢١ أهلى و ٢٨٦ مختلط وملتون ص ٦٩ ج ٢ شرح القانون المدنى

٢٤٤ — واذا كان الغرض من دفع المبلغ الدلالة على أن الاتفاق لم يتم بين المتعاقدين كان العربون حينئذ وسيلة لنقض البيع وهذا هو المبدأ الذى قرره القانون الفرنساوى فى المادة ١٥٩٠ بالنسبة للوعد بالبيع واليك نصها :

« اذا حصل الوعد بالبيع مصحوباً بعربون فلكل من المتعاقدين الخيار فى تقضيه فمن دفع العربون خسره ومن أخذه رد ضعفه »

٢٤٥ — فالعربون بحسب القانون الفرنساوى قرينة على ان للمتعاقدين خيار الرجوع فى الاتفاق وتقضيه وقد اتخذت قيمته أساساً لتقدير الجزاء الذى يستحق على ناقض العقد أى جعل مفعوله شديهاً بالشرط الجزائى

فاذا كان الذى تقض الاتفاق هو المشتري خسر العربون الذى دفعه جزاءً له وطالب للبائع تعويضاً عما عساه يلحقه من الضرر المترتب على تقض الاتفاق وان كان الذى تقض البيع هو البائع لزمه رد ضعف العربون لأنه لو اقتصر إلزامه على رد مقدار العربون الذى كان أخذه فقط لما خسر شيئاً والعدل يقضى بالمساواة فى الخسران فأجبر على رد ضعفه ليكون الضعف مقابل التعويض الذى يستحق للطرف الأخير بسبب النقض

٢٤٦ — ويسمى شراح الافرنج المبلغ المدفوع بهذه الكيفية « عربوناً » جرياً فيما يسمى عربوناً

على تسميته القانونية في مادة ١٥٩٠ فرنساوى
ويتخلص حكمه في أنه جزاءً لخيار النقص ودليل على جواز الرجوع في العقد
فلكل من المتعاقدين (البائع أو المشتري) أن يرجع في البيع ولو لم يرض الآخر
مقابل خسارة العربون

أما دفع المبلغ في الحالة الأولى فيعد دليلاً على اتمام العقد بحيث لا يجوز الرجوع
في البيع ولو في مقابل تركه إلا بتراضى الطرفين . ولذلك لا تسرى عليه أحكام
المادة ١٥٩٠ فرنساوى ويكون من الخطأ تسميته عربوناً — بودرى المطول فقرة ٨٦

٢٤٧ — لهذا يجب العناية والتدقيق في التمييز بين الأمرين اذ الفرق بينهما كما
ترى عظيم والأحكام المترتبة على كل منهما تختلف اختلافاً يبنياً وكثيراً ما يطلب
من المحاكم الفصل في مثل هذه المسائل خصوصاً عقب الأزمات المالية وهبوط أسعار
الأموال فان المشترين يحاولون الرجوع في بيعاتهم التي دفعوا عنها قسطاً واحداً
ويطلبون فسخ العقود بدعوى أن ما دفعوه إنما هو عربون مسوغ للنقض لاجزء
من الثمن مانع منه . قالوا يجب على المحاكم التثبت والثبوت فلا تقضى بالفسخ إلا اذا
ثبت لديها ما يسوغه قانوناً

الفرق بين
العربون والقسط
من الثمن

وهاك بيان السبيل الذى ينبغى سلوكه لامكان التمييز بين الأمرين لأن القانون
المصرى لم يتكلم على حكم العربون

٢٤٨ — تقضى القواعد العامة بالرجوع أولاً لقصد المتعاقدين والعمل به صريحاً
كان أو ضمناً

في الرجوع لقصد
المتعاقدين

فاذا كان قصد المتعاقدين ظاهراً في الشروط المعقودة بينهما اتبع حكم ما اتفقا عليه
واذا لم يكن ظاهراً أو سكتا عن بيانه فسر القصد بحسب قواعد التفسير العامة
فيبحث عن الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدها بمراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة
والعرف الجارى مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيه أى يجوز اعطاؤه

حكم الشروع في الوفاء ولو سمي عربوناً اذ العبرة بالمقاصد والمعاني والقصد كما يستفاد صراحة يستفاد دلالة

وهذا ما جرت عليه المحكمة المختلطة في احكامها للتمييز بين المبلغ المدفوع بصفة عربون أو بصفة قسط من الثمن — راجع الاحكام المذكورة بعد في فقرة ٢٥٥ وما يليها

٢٤٩ — على ان للقاضي أن يستعين في تأويله بقرائن الأحوال وظروف كل ^{في اعتبار القرائن والظروف} دعوى لاستنباط قصد المتعاقدين فقد يكون من المفيد أحياناً مقارنة قيمة العربون بأهمية العقد فان كان العربون تافهاً ولا يناسب تعويض الضرر الذي يلحق أحد الطرفين اذا نقض العقد كان المبلغ المدفوع أقرب لاعتباره دليلاً على اتمام العقد لاجزاء خيار النقص — بودرى المطول فقرة ٨٥ كتاب البيع

٢٥٠ — كما ان العرف كثيراً ما يعين هذا القصد فيجب الرجوع اليه والأخذ بما يقضى به اذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً — (قارن مادة ١٣٨ و ٢٤٥ مدني أهلي — ١٩٩ و ٣١١ مختلط)

فاذا حصل شك في معرفة قصد المتعاقدين وكان ترجيح أحد الأمرين متعسراً فترى أنه يرجع الى العرف لا الى احكام القانون الفرنسي كما رأى مسيو جرانمولان^(١) لان العادة محكمة . وعلى هذا يعتبر العربون دليلاً على اتمام الاتفاق خصوصاً وان هذا حكم العرف الغالب في فرنسا — بودرى المطول فقرة ٨٥

٢٥١ — في حالة جواز نقض البيع مقابل ترك العربون اذا حدد المتعاقدان ميعاداً ^{في مدة خيار النقص} لنقض البيع فلا يجوز لها الرجوع الا في خلاله فاذا انقضى سقط حقها في جواز النقص ٢٥٢ — أما اذا لم يحدد موعداً له فيدوم خيار النقص الى حين تنفيذ العقد فاذا نفذ كان نفاذه دليلاً على تركها حقها في الرجوع وحينئذ ينضم المبلغ من الثمن ان كان المشتري هو الذي دفعه ويسترده البائع ان كان هو الذي دفعه ٢٥٣ — ولكن يجوز في هذه الحالة وهي حالة عدم تجديد أجل للنقض أن

(١) كتاب العقود فقرة ١٧

يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً أما بتنفيذ الاتفاق أو ابداء رغبته في تقضيه مقابل خسارة العربون حتى لا يبقى التعاقد معلقاً الى أجل غير مسمى

في عدم رد
الضعف الا في
حالة العربون

٢٥٤ — واذا لم يتيسر تنفيذ العقد لسبب آخر غير سبب خيار النقص كهلاك المبيع بحادثة قهرية أو فسخ البيع بتراضى الطرفين فلا يلزم البائع برد ضعف العربون بل يرد مثله فقط . ومؤدى ذلك ان حكم المادة ١٥٩٠ فرنساوى قاصر على حالة تقض البيع من أحد الطرفين

٢٥٥ — احكام — اذا استعمل المتعاقدان لفظة « عربون » وكانت حقيقة الأمر أن يحسب ما دفعه المشتري مقدماً للبائع من أصل ثمن البضاعة المباعة فان البائع الذى لم ينفذ التعاقد لا يكون مسئولاً فقط عن رد ما دفع له مقدماً وإنما يلزم أيضاً بالتعويضات — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٧ س ٢ ص ٣٨٢ وبورلى مادة ٣٠٠

٢٥٦ — واذا اشترط في عقد بيع بضاعة بأنه « اذا تأخر المشتري عن سحب بضاعته في الميعاد المتفق عليه يكون العربون المدفوع مستحقاً للبائع بغير حاجة لتنيه رسمي » كان هذا الشرط محددًا لمقدار ما يستحق من الجزاء على المشتري في حالة عدم تنفيذ التعهد . وليس للبائع حينئذ أن يطالب — زيادة على ذلك — بالفرق بين الثمن المتفق عليه وبين سعر البضاعة يوم تسليمها — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ س ١٤ ص ٢٤٢ وقررة ٤٤١٤ مجموعة ثانية

٢٥٧ — واذا اشترط في عقد بيع بأنه في « حالة التأخير عند حلول الميعاد لا يكون للمشتري حق في المبلغ الذى دفعه بصفة عربون تحت خصمه من الثمن كما أنه اذا تأخر البائع فيكون ملزماً برد المبلغ المدفوع اليه ومبلغ آخر مثله بصفة تعويض » وجب أن يؤول هذا الشرط بمعنى تحويل المتعاقدين حق طلب الفسخ^(١) مع تعويض

مقدر مقدماً لا بمعنى تحويلهما الحق في تقضيه من أنفسهما وبحسب أهوائهما —

« ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ س ١٤ ص ٢٥٤ فقرة ٤٤١٣ مجموعة ثانية »

٢٥٨ — لا ينطبق نص المادة ٤١٣ من القانون المدني المختلط (٣٣٢ أهلى)

القاضى بأنه « اذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الحكم بالزام المشتري بدفع الثمن » الا في حالة عدم وجود اتفاق خاص بين المتعاقدين

فاذا اشترط المتعاقدان بأنه في حالة عدم دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه يكون الاتفاق باطلاً والعربون مستحقاً للبائع ثم تأخر المشتري عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المحدد بطل الاتفاق ولا يجوز للمشتري حينئذ أن يطلب تنفيذ العقد —
مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٧ ص ١٧٨ و فقرة ٤٤٨ مجموعة ثانية



الفصل الثالث

في المبيع

شريعة اسلامية

مادة ٢٨٨ مرشد الخيران — يجوز بيع كل ما كان مالا متقوماً مملوكاً في نفسه مقدور التسليم . راجع أيضاً ٢٧٢ مرشد و ١٩٧ و ١٩٩ مجلة
مادة ٢٩٥ — مرشد الخيران — يصح بيع حصة مشاعة معلومة من عقار قبل فرزها
مادة ٢٩١ منه — بيع أحد الشريكين حصة مشاعة في بناء أو شجر قائم في أرض محتكرة جائز للشريك وللأجنبي
مادة ٢٩٧ منه — ما يترتب على بيعه مشاعاً ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعاً فمن كان له أرض وله فيها زرع فلا يصح بيع الزرع قبل ادراكه بدون الأرض لكن إذا لم يفسخ العقد حتى ادرك الزرع انقلب العقد جائزاً ولا يجوز للشريك ان يبيع حصته مشاعة من الزرع قبل ادراكه ومن الثمر قبل بدو صلاحه ومن الشجر قبل بلوغ أو ان قطعه من دون بيع الأرض ويجوز ذلك للشريك
فان لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وادرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحاً
مادة ٢٩٨ منه — ما أمن ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعاً فيصح بيع الثمر بعد نضجه والزرع بعد ادراكه والشجر بعد بلوغ أو ان قطعه بدون الأرض سواء بيع ذلك للشريك أو للأجنبي

قانونه فرنساوي

مادة ١٥٩٨ — يجوز بيع كل ما يدخل في التجارة ما لم يكن منهيّاً عن بيعه بمقتضى قوانين خاصة

قوانين مصرية

مادة ٢٥٩ أهلى — لا ينقد البيع فيما لا يجوز التبائع فيه ولا فيما لا قيمة له يمكن تقديرها ولا فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه — تطابق ٣٢٦ مختلط

مادة ٢٦٠ أهلى — يجوز أن يكون المبيع عيناً معينة أو حقاً شائعاً أو محدداً في العين المعينة ويجوز أيضاً أن يكون شيئاً معيناً بالنوع فقط — تطابق ٣٢٧ مختلط

مادة ٢٦١ أهلى — اذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط لا يكون البيع معتبراً الا اذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر وكان المبيع معروفاً بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً — تطابق ٣٢٨ مختلط

مادة ٢٦٢ أهلى — ويجوز أن يكون المبيع ديناً على انسان أو مجرد حق — تطابق ٣٢٩ مختلط

عموميات

٢٥٩ — المبيع هو الركن الثاني من أركان الانعقاد في البيع وهو المقصود الاصلى ماهية البيع منه لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان والأثمان وسيلة لها . ويسمى أيضاً محل البيع (١)
٢٦٠ — فلا بيع بلا بيع يرضى البائع أن يبيعه ويقبل المشتري أن يشتريه لأن البيع كسائر التعهدات لا بدّ لصحة انعقاده من توفر محله أو الغرض منه كما يعبر القانون (٢) — راجع فيما تقدم فقرة ٧٦

٢٦١ — فالبيع بهذه المثابة عظيم الأهمية لأن على وجوده يتوقف انعقاد البيع فإذا انعدم المبيع أو لم يجز يبيعه انهدم الانعقاد لهذا يجب علينا بيان الاشياء التي تصلح أن تكون محلاً للبيع والتي لا تصلح

٢٦٢ — والأصل ان كل ما صح امتلاكه جاز بيعه بصرف النظر عن نوعه وصفته وطبيعته
فيما يصلح ان يكون محلاً للبيع

فيجوز أن يكون المبيع حق ملكية تامة أو حقاً من الحقوق المتفرعة عنها كحق ارتفاق أو انتفاع كما يجوز أن يكون منقولاً أو عقاراً . معيناً بالذات أو معيناً بالنوع . مثلاً أوقيمياً . عيناً أو ديناً . حقاً شائعاً أو محدداً في عين معينة . حقاً ثابتاً أو متنازعاً فيه . مادياً أو معنوياً (مجرد حق) . مملوكاً للبائع وقت البيع أو محتمل التملك عند التسليم (كقطن قبل جنيّهِ وقمح قبل خصاده وثياب قبل صنعها) — انظر مواد ٢٦٠ و ٢٦٢ أهلى (٣٢٧ و ٣٢٩ مختلط)

٢٦٣ — فكل هذه الاشياء تصلح أن تكون محلاً للبيع والتبايع بها جائز ولا قيد لذلك إلا ما حرمه القانون في المواد ٢٥٩ و ٢٦٣ و ٢٦٤ أهلى (٣٢٧ و ٣٣٢ و ٣٣٣ مختلط) على ما سيأتى شرحه

(١) انظر مادة ١٥٠ من مجلة الأحكام العدلية

(٢) هذه تسمية القانون في مادة ٩٥ مدني أهلى لكلمة " *objet* " الفرنسية ولكننا نفضل التسمية الفقهية وهي « محل »

٢٦٤ — يرى مما تقدم ان القانون جرى على مبدأ حرية التعاقد فأطلق للمتعاقدين الحرية التامة في بيع وشراء كل ما يتفقان على التبايع به ما دام مملوكاً للبائع وذلك هو المبدأ العام . تقضى به حرية الاتفاقات وسرعة التداول في المعاملات . لذلك لا يعني واضعو القوانين بذكر الاشياء المباحة في قوانينهم اكتفاءً بذكر ما حرم منها فكل ما ليس بمحظور مباح

٢٦٥ — ولكننا نرى الشارع المصرى خالف سنة باقى الشرائع ونص في قانونه (مواد ٢٦٠ و ٢٦٢ أهلى و ٣٢٧ و ٣٢٩ مختلط) على صلاحية بعض الاشياء لأن تكون محلاً للبيع مع أنها لم ترد بالقانون الفرنساوى فما هى حكمة ذلك ؟

حكم تعدد بعض
الاشياء المبيعة
في القانون

أما الحكمة فظاهرة من مقارنة هذه المواد بأحكام الشريعة الاسلامية المقابلة لها فان الشريعة لم تطلق البيع في هذه الأحوال وانما جعلت مناط صحة البيع وفساده فيها حصول الضرر . فاذا ترتب على البيع ضرر توقف نفاذه على اذن المتضرر مثال ذلك بيع حصّة مشتركة في بناء أو غراس لأجنبي فالبيع لا يجوز بغير اذن الشريك لأن الشريك قد يتضرر بالهدم أو القلع إذا طالبه المشتري بهدم حصته في البناء أو قلع الغراس

فاذا اتفق الضرر بأن كان البناء أو الغراس في أرض محتكرة جاز البيع لأنه لا مطالب للشريك بالهدم أو القلع — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٢ والمادة ٢٩١ مرشد الحيران

كذلك لا يجوز للشريك أن يبيع لأجنبي حصته المشاعة من الزرع قبل ادراكه ومن الثمر قبل بدو صلاحه ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه ولكن يجوز ذلك للشريك وعلة ذلك أنه يخشى في حالة البيع لأجنبي أن يطلب المشتري اجبار الشريك على قلع الزرع قبل ادراكه فيتضرر من ذلك

فاذا أمن الضرر بأن كان الثمر نضج والشجر بلغ أوان قطعه والزرع بلغ أوان ادراكه جاز البيع للأجنبي كما يجوز للشريك — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٢ والمادتان ٢٩٦ و ٢٩٧ مرشد الحيران

على أن الرأي الذى تقدم فيما يتعلق ببيع الحصة المشاعة من الزرع أو الثمر قبل ادراكه للأجنبي ليس متفقاً عليه فقد قال بعضهم يجوز ذلك باذن الشريك كما قال آخرون لا يجوز ولو باذنه ورضائه — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٤ .

فترى من هذا أن الفقهاء قيدوا البيع فى هذه المسائل واختلفت آراؤهم بشأنها كما اختلفت فيما يتعلق ببيع الدين فقال بعضهم إنه يجوز لمن عليه الدين ولا يجوز للأجنبي وقال بعضهم لا يجوز ولو لمن عليه الدين . وفيما يتعلق ببيع الحقوق المجردة فقد قال بعضهم إنها لا تحتل التملك والاعتياض فيها باطل إلا اذا فوت حقاً مؤكداً . وهكذا نجد كثيراً من الآراء الخلافية فى هذا الصدد ولا ضرورة لسردها هنا اكتفاء بما تقدم للدلالة على أن الشارع المصرى أراد الاطلاق ورفع الخلاف فنص صراحة على جواز بيع هذه الأشياء دفعا للشك وحتى لا يشتبه الأمر على الناس فى الأخذ بالقواعد العامة التى أبناها

٢٦٦ — لما كان البيع لا يخرج عن كونه تعهداً وجب أن تتوفر فيه جميع الاحكام شروط البيع العامة الواردة فى باب التعهدات . وهى التى ينشأ عنها المادة ٩٥ اهل (١٤٩ مختلط) وهذا نصها « يجب أن يكون الغرض من التعهد (أى محله) فعلاً ممكناً جائزاً وإلا كان التعهد باطلاً . فان كان الغرض منه إعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه معيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال »

فمن الواجب توفر هذه الشروط فى البيع لصحته كما يجب مراعاة الأحكام الخاصة به وهى الواردة فى مادة ٢٥٩ اهل (٣٢٦ مختلط)

٢٦٧ — ويستخلص من ذلك أنه يقتضى لصحة انعقاد البيع توفر الشروط الستة الآتية فى المبيع :

الشرط الأول — أن يكون المبيع موجوداً أو محتمل الوجود

الشرط الثانى — أن يكون مما يجوز التبايع فيه

الشرط الثالث — أن يكون متقوماً

الشرط الرابع — أن يكون مقدور التسليم بحسب طبعه

الشرط الخامس — أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين

الشرط السادس — أن يكون مملوكاً للبائع وقت البيع أو عند التسليم

فلنشرح هذه الشروط على التعاقب

الفرع الأول — في اشتراط وجود المبيع

٢٦٨ — يشترط لجواز التبائع في شيء أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود
فان كان معدوماً من الأصل أو انعدم بعد وجوده فلا ينعقد البيع لأن المعدوم
اصالة أو المنعدم لا يصلح أن يكون محلاً للبيع

علة اشتراط
وجود المبيع أو
احتمال وجوده

وعلة ذلك أن الشيء الممكن حصوله في الاستقبال وان لم يكن موجوداً وقت
التعاقد لكنه ليس بمعدوم اصالة فيحتمل توقيعه وترجي المنفعة منه كما يمكن تقدير
ما يعود منها . أما المستحيل أو المنعدم فشيء وهمي لا حقيقة له ولن يتأتى تحققه
٢٦٩ — يستخلص من ذلك :

أولاً — أن بيع ما لا يوجد وقت التعاقد صحيح اذا كان وجوده ممكناً في الاستقبال
ثانياً — أن بيع ما كان موجوداً ثم زال باطل وبالأولى يبطل بيع ما لم يكن له
وجود في الماضي ولن يوجد في الحال أو المستقبل

٢٧٠ — والمراد بوجود المبيع ليس وجوده الحقيقي فقط بل وجوده القانوني أيضاً
لأن الشيء اذا فقد وجوده القانوني فلا يصلح كذلك أن يكون محلاً للبيع مثال ذلك
بيع حق في براءة أو في ترخيص أصبح لا قيمة له قانوناً — بودان كتاب البيع فقرة ٨٧

في الوجود
القانوني

المبحث الأول — في بيع الأشياء المحتملة الوجود

٢٧١ — لم ينص القانون المصري صراحة على جواز بيع الأشياء المحتملة الوجود

صحتها قانوناً

في الاستقبال كما صرح القانون الفرنسي في المادة ١١٣٠ منه حيث قال « يجوز أن تكون الأشياء المستقبلية محلاً للتعهد » ولكن حكمها مستفاد دلالة من نص المادة ٩٥ أهلى التي تشترط أن يكون الغرض من التعهد (محله) فعلاً ممكناً كما يستفاد بطريق العكس من نص المادة ٢٦٣ أهلى (٣٣٢ مختلط) التي حرمت بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة والمادة ٣٣٠ مختلط التي ابطلت بيع الثمار التي لم تنعقد والزرع الذي ينبت . فهذه الاستثناءات تفيد ان ما عداها مباح .

٢٧٢ — وهذا مذهب القضاء المصرى فقد حكم بأن « بيع ما لا وجود له وقت التعاقد جائز في مذهب القانون الجديد اذا كان محتمل الوجود فيما بعد وكذلك التعاقد على أشياء مستقبلية الوجود كالصيد الذي يقع غداً في شبكة الصياد

وقد ورد ذكر ذلك في شرح دالوز على المادة ١١٣٠ فرنساوى اذ ذكر بالعبارة الخامسة منه صراحة انه يجوز للحكومة أن تبيع ما ستملكه من طمى البحر المالح باعتبار أنه اذا ظهر فلا مالك له غيرها وقياساً على ذلك فبيع ما محتمل ظهوره من الأرض اليابسة بسبب جريان النيل المعروف بالطمى وطرح البحر هو بيع صحيح بموجب لأئمة الاطيان السعيدية المؤرخة سنة ١٢٧٤ هجرية والأوامر الصادرة بشأن ملكية الجزائر وللحكومة أن تتصرف فيما يظهر من الزيادة فى الاراضى باعطائها لأرباب الاطيان التى حصل فيها عجز . وعليه فصاحب الطين فى الجزائر اذا حصل فى أرضه عجز بسبب أكل البحر يستطيع أن يبيع طينه وحقه فى الزيادة المحتمل حصولها بسبب طرح البحر . ويكون بيعه صحيحاً » — استئناف محكمة قنا ١٣ فبراير سنة ١٩٠٠ محاكم س ١٢ ص ٢٤٤٨ وبلاد مادة ٢٥٩

٢٧٣ — وعلى هذا يصح بيع الأشياء المستقبلية متى كان وجودها ممكناً فيجوز للانسان أن يبيع محصول زراعة قمحه أو قطنه فى السنة المقبلة وذلك لأنه كما يجوز أن لا يزرع الزرع او يتلف باقة سماوية يجوز أيضاً حصوله وسلامته من الآفات وهذا الاحتمال كاف لأن يجعل للبيع محلاً يضاف اليه

٢٧٤ — أما اذا حصل البيع بعد تلف الزرع فعلاً باقة سماوية أو كان المبيع

مستحيل الوجود في المستقبل فلا ينعقد لفوات محله وبذلك تنطبق عليه القاعدة

الثانية المذكورة في فقرة ٢٦٩ السابقة — بلانول ج ٢ فقرة ١٠٠٨

٢٧٥ — وبيع الاشياء المستقبلية كثير الحصول في المعاملات التجارية فكثيراً كيفية حصولها

ما يُطلب الشيء من صانع فيتعهد بعمله وبتسليمه في زمن معين مع أنه لا يملك وقتئذٍ المواد الأولية اللازمة لصناعته فيستحضرها بعد امضاء التعهد ويصنعها ثم يسلمها في الأجل المحدد كما أنه جرى العمل على بيع الزرع قبل ادراكه وأحياناً قبل نباته فيباع القطن قبل جنيهه والقمح قبل حصاده أو يباع محصول القصب أو القطن المقبل وهكذا

فكل هذه بيوع صحيحة جائزة قانوناً لان وجودها محتمل

٢٧٦ — وبيع هذه الاشياء يجوز حصوله بثمن مقدّر جملة واحدة أو بحسب في تقدير اثمانها

وحدة كما يجوز بمتوسط السعر الجارى عند التسليم

٢٧٧ — فاذا حصل البيع بثمن مقدّر بحسب الآحاد أى بحسب كل أردب من القمح أو قنطار من القطن فلا يدفع المشتري من الثمن إلا بقدر ما يستلم من المحصول ولكن لا يجوز له أن ينازع في الثمن المتفق عليه اذا رخص السعر

٢٧٨ — أما اذا بيع الشيء المستقبل بثمن مسمى جملة واحدة فيجوز فيه اشتراط دفع الثمن مهما أصاب الزرع أى مهما كانت العاقبة أصاب الزرع آفات سماوية أو سلم منها وحينئذٍ يستحق الثمن ولو تلف الزرع برمته

٢٧٩ — وذلك لان بيع الاشياء المستقبلية يكون بحسب قصد المتعاقدين إما

بيع غرر^(١) وإما بيعاً معلقاً على شرط وجود الشيء أو صنعه^(٢)

بيع الغرر
والبيع المعلق على
شرط في الاشياء
المستقبلية

٢٨٠ — فان كان البيع بيع غرر كان المبيع عبارة عن مجرد الأمل في وجود الشيء

وتوقع الحصول عليه ولكن ليس هو الشيء المستقبل نفسه ولذلك يسمى أيضاً بيع الأمل أو بيع الحظ

(١) Vente aléatoire

(٢) انظر جرائمولا في كتاب العقود فقرة ٢٠ ودو هلس فقرة ٦٧ بيع ج ٤

مثال ذلك أن يبيع انسان محصول زراعته القائمة في أرضه أثمر الزرع أو لم يثمر أو يبيع الصياد ضربة شبكته فقد يقع فيها صيد أو لا يقع

٢٨١ — أما البيع المعلق على شرط الوجود فالبيع فيه هو الشيء المستقبل نفسه فان تم الشرط بأن وجد الشيء أو صنع المبيع انعقد البيع والآن كان باطلاً
٢٨٢ — ولهذا يختلف حكم كل منهما اختلافاً يئناً عن الآخر :

فبيع الغرر ينعقد منجزاً والتمن فيه يستحق ويجب على المشتري اداؤه مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . تلف بعضه أو تلف كله — باندكت فقرة ٧٥ هـ بيع ج ٥٩ وبودان كتاب البيع فقرة ٨٨

أما البيع المعلق على وجود المحصول في المستقبل أو على صنع الشيء فيعتبر بيعاً معلقاً على شرط والشرط هو أن يثمر الزرع ويأتي بغلة أو يصنع الشيء . وعلى ذلك لا ينعقد الآن اذا تحقق ذلك

٢٨٣ — ففيما يتعلق ببيع الغرر حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه يجب دفع ثمن الالتزام (الموضوع التزام حق العبور من معدية) ولو مع تحقق عدم انتفاع الملتزم لأن الالتزام عبارة عن بيع أمل الحصول على شيء في المستقبل فهو من عقود البيع الموكول أمر نجاحها الى الصدقة

وعلى هذا لا حق للملتزم المعدية في امتناعه من دفع ثمن الالتزام متعللاً بأنه تعطل عن عمله في زمن الثورة العراقية لعدم وجود من يعديه وبذلك لم يتحصل على المربوط عليه خصوصاً اذا قيل في نفس عقده وان حصل عجز في المربوط فنكون ملزمين به — استئناف ٢٨ نوفمبر سنة ٩٥ القضاء س ٢

٢٨٤ — وحكمت المحكمة المختلطة بأنه في حالة بيع ثمرة لم تنعقد من زرع يتعهد البائع يجب على المشتري أن يدفع الثمن المتفق عليه بمجرد ظهور بعض المحصول فالقاعدة ان الثمن المتفق عليه يستحق الأداء ولو لم يأت الزرع بثمر ما اذا تبين جلياً من نص الاتفاق وظروف الأحوال وخصوصاً من يخس الثمن ان العقد وارد على

شيء احتمالي — محتلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ س ١٦ ص ٣٠ فقرة ٤٣٢٧ مجموعة ثانية

٢٨٥ — وفيما يتعلق بالبيع المعلق على شرط حكم بأنه في حالة بيع الشيء المستقبل الغير المحقق يتعلق انعقاد البيع على وجود المبيع فاذا لم يوجد كان البيع باطلاً بطلاناً أصلياً لفقد أحد أركانه حتى ولو كان المشتري قد اشترط في العقد شرطاً جزائياً على البائع في حالة عدم الوفاء فان هذا الشرط الجزائي لا يصح عقداً فات محله بل يلحقه البطلان بطلان العقد — باندكت فقرة ٥٧٨ بيع ج ٥٩

٢٨٦ — وفي هذه الحالة يرد الثمن المدفوع لأن البيع لم يكن معلقاً على مجرد

الأمل

فاذا بيعت أسهم ستصدرها شركة مساهمة لزيادة رأس مالها كان البيع عبارة عن بيع شيء مستقبل معلق على شرط موقف لا يجاد البيع وهو اصدار تلك الأسهم فاذا لم تسلم الأسهم لصدور حكم بطلان هذه العمليات وجب رد الثمن المدفوع لأن دفعه يكون بلا سبب (مقصد شرعي) (١) — باندكت فقرة ٥٧٩ بيع ج ٥٩

٢٨٧ — على ان التفريق بين ما اذا كان البيع بيع غرر أو بيعاً معلقاً على وجود الشيء يكون أحياناً صعب التمييز فاذا بيعت أسهم شركة لا تزال في حيز المشروع أي لم تؤسس أو أسست ولكنها لم تتكون قانوناً فان بيع الأسهم قد يعتبر صحيحاً اذا تبين أن الغرض كان بيع مجرد الأمل في الحصول عليها وحينئذ يجب دفع ثمن السهام المشتراة ولو أخفق المشروع ولم تؤسس الشركة . أما اذا تبين ان الغرض هو تعليق البيع على صدور الأسهم ولم ينجح تأليف الشركة فالبيع يبطل لفوات محله ويرد ما كان دفع من الثمن

ولذلك كان التفريق بين الأمرين من المسائل التي يترك تقديرها للقضاء

٢٨٨ — وقد حكم بأنه اذا قامت الشبهة في معرفة العقد أعقد غرر هو أم عقد في ترجيح احدهما عند الاشتباه معلق على شرط كان الأرجح اعتباره معلقاً على شرط لتغلب نية أخذ مقابل الثمن

الذى يدفعه المشتري على نية دفعه ثمناً بلا أخذ مقابل (وهو المبيع) فلا بد من ظهور نية المتعاقدين ظهوراً صريحاً لاعتبار العقد عقد غرر — باندكت فقرة ٥٧٧ ج ٥٩
٢٨٩ — وكما يبطل البيع اذا كان معلقاً وجوده على شرط فلم يقع يبطل كذلك اذا حدث أمر مانع لوجود المبيع قانوناً من زمن ماض على تاريخ التعاقد لأن المبيع يعتبر حينئذ أنه لم يكن صالحاً لأن يكون محلاً للبيع

مثال ذلك بيع أسهم شركة حكم بطلانها فان بطلان الشركة يستوجب بطلان بيع أسهمها إذ لا يتأتى وجود أسهم بغير وجود للشركة وما دامت الأسهم غير موجودة فتفقد قيمتها القانونية ولا تصلح أن تكون محلاً للبيع

ويلاحظ أنه في مثل هذه الحالة تخلو كذلك مسئولية السماسرة الذين يكونون تبايعوا بهذه الأسهم فلا يطالبون بفرق الأثمان التي كانت تستحق عليهم

٢٩٠ — على ان القضاء في فرنسا غير ثابت في مسألة استتباع بطلان الأسهم لبطلان الشركة فقد فرقت محكمة النقض في حكم لها في هذا الصدد بين حالة ما اذا كانت الأسباب التي بنى عليها بطلان الشركة تستفاد أو لا تستفاد من السندات فان كان الأول بطل بيعها والآخر فلا — بودان كتاب البيع ص ٥٦

٢٩١ — كذلك يطرأ مثل هذا البحث بمناسبة بيع حق في براءة صدر أمر بإبطالها وبيع حق حكم بفسخه أو بيع علق على رضا المصلحة ذات الشأن فلم ترض فان البيع لا ينم الا برضاء المصلحة أى يكون بيعاً معلقاً على شرط موقف وهو رضا المصلحة المذكورة فاذا لم ترض بطل البيع

٢٩٢ — ولشترى الشيء للمستقبل أن يتنازل عنه للغير اذا لم يشترط خلاف ذلك — باندكت فقرة ٥٨٠ بيع ج ٥٩

٢٩٣ — وقد استثنى القانون من بيع الاشياء المستقبلية بيع الحقوق في تركة انسان على قيد الحياة فابطل هذه البيوع في مادة ٢٦٣ أهلى (٣٣٢ مختلط) وهذا النص منقول عن القانون الفرنساوى الذى جرى على منهج القانون الرومانى فى ابطالها

استثناءات فيها لا يجوز بيعه من الاشياء المستقبلية

لاعتبارها منافية للآداب وحسن الاخلاق فان المتعاقدين يضاربان على موت قريب
لها ويتمنيان موته وربما جرّ ذلك لارتكاب الآثام تعجلاً على حياته ومن استعجل
الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

٢٩٤ — والقانون المختلط يمنع أيضاً بيع ثمار الشجر قبل انعقادها وبيع الزرع قبل
نباته (مادة ٣٣٠ مختلط) جرياً على قواعد الشريعة الاسلامية — انظر فيما يلي
فقرة ٣٠٠

ولكنه جعل بيع الثمر المنعقد والزرع النابت يشمل الثمار التي تنعقد والزرع الذي
ينبت بعد البيع (مادة ٣٣١ مختلط)

وعلة هذا المنع انه ربما لا يتيسر اتفاق المتعاقدين على تقدير الثمن تقديرًا صحيحًا
وقت التعاقد

٢٩٥ — غير أنه لما كان من العادة بمصر أن يبيع الزراع زرعهم قبل نباته
وبالأخص القطن بينما يكون قائماً وأحياناً قبل أن ينبت شجره قيدت الاحكام الصادرة
من المحاكم المختلطة مضمون المادة ٣٣٠ بالرغم من اطلاقها

٢٩٦ — فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن هذا البيع لا يتناول التعهد
الصادر من مزارع بأنه يسلم محصولاً في زمن استوائه بثمن مسمى بحسب آحاده أى
بنسبة الكيل أو الوزن وبسعر السوق يوم التسليم فان البائع في هذه الحالة لا يتعهد
الأ بتسليم المحصول الذي ينتج له وما يبقى مجهولاً حين التسليم هو المقدار الذي يسلم
وكمية الثمن التي يستلمها المشتري وذلك حاصل في بيع الاشياء التي تشتري بالعدد
أو الكيل — ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ س ١٣ ص ١١٧

٢٩٧ — وبأن المقصود من المادة ٣٣٠ م هو بيع الزرع الذي لم ينبت جزافاً
بثمن مقدّر جملة واحدة وليس بيع القدر المعين ثمنه بالآحاد كأن عين لكل قنطار ثمن
« ٢١ ديسمبر سنة ٩١٠ س ٢٣ »

٢٩٨ — وبأن البطلان المنصوص عليه في المادة نسبي لا يتمسك به غير البائع
« الاستئناف المختلط ٤ فبراير سنة ٩٠٤ س ١٦ ص ١٣١ فقرة ٤٣٤٨ مجموعة ثانية »

٢٩٩ — ومما لا خفاء فيه إنه لا محل لهذه التأويلات في القانون الاهلي فكل

هذه البيوع جائزة لانه لم يحرمها نص

٣٠٠ — أما في الشريعة الاسلامية فيبيع الاشياء المستقبلية باطل على كل حال
لانه بيع معدوم فلا يصح بيع ثمرة لم تبرز اصلاً (٢٠٥ مجلة) وذلك لأنها تقضى
بأن يكون العقود عليه موجوداً فان كان معدوماً فالبيع لا ينعقد
حكم بيع
الاشياء المستقبلية
في الشريعة

غير ان ما تتلاحق افراده يعنى ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء
كالفواكه والازهار والخضراوات اذا كان برز بعضها فيصح بيع ما سيرز تبعاً لما برز
بصفقة واحدة (مادة ٢٠٧ مجلة) . وذلك للضرورة لان ظهور محصولاتها دفعة واحدة
غير ممكن وقد اصطلح الناس في التعامل على بيعها دفعة واحدة . فجعل بيع الموجود
اصلاً والمعدوم تبعاً له — مادة ٢٨٤ مرشد الخيران وابن عابدين ج ٤ ص ١٣

وذكر الفقهاء في هذا الصدد أن مما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة
الاشياء التي تؤخذ من البيع على وجه الخرج كما هي العادة من غير بيع كالعدس
والمالح والزيت ونحوها ثم يحصل شراؤها بعد ما انعدمت فان بيعها صحيح وعلى
ذلك يكون كل ما يستجره الانسان من البيع ثم يحاسبه على ثمنه بعد استهلاكه
جائز استحساناً — ابن عابدين ج ٤ ص ١٣

وهذه صورة لبيع المنعدم وترى أن البيع في هذه الحالة جائز قانوناً والتمن يقدر
بحسب السعر الجارى ففي الغالب يكون هذا قصد المتعاقدين وهو مع ذلك العرف
الجارى والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ولا مانع من الرجوع للعرف قانوناً

ومما استثنى أيضاً من بيع المعدوم بيع السلم فقد أجازوه دفعاً للخرج

والسلم هو شراء مضمن آجل وهو المسلم فيه بتمن عاجل وهو رأس المال وحكمه
ثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن عاجلاً ولرب السلم في المسلم فيه آجلاً — مادة ٣٤٣
و ٤٤٤ مرشد الخيران

المبحث الثاني — في بيع المعدوم أو المنعدم

٣٠١ — أما بيع ما كان موجوداً فزال أو ما لا وجود له مطلقاً فباطل بطلانه قانوناً
وقد نصت المادة ١٦٠١ فرنساوى صراحة على ذلك وهذا نصها : « اذا كان المبيع قد هلك بأكمله وقت التعاقد فبيعه باطل »

وبهذا تقضى الشريعة الاسلامية أيضاً فهي تشترط لصحة أى عقد من عقود المعاوضات أن يكون المحل الوارد عليه العقد موجوداً فلو كان معدوماً فلا يصح العقد لأن إمكان التسليم شرط من شروطه والمعدوم لا يمكن تسليمه (شرح مرشد الخيران ص ١٨٧) . وقد جاء فى كتاب مذكرات المعاملات (ص ٤٤) بأن الإيجاب يبطل بهلاك المبيع فيستفاد من ذلك أن هلاك المبيع وقت البيع باطل والواقع أن لا خلاف فى ذلك لأن البيع فى الشريعة الاسلامية يبطل حتى بهلاك المبيع بعد التعاقد ما دام يهلك قبل القبض — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ومادة ٣٦٦ مرشد الخيران ٣٠٢ — ولا نزاع بعد هذا فى أن هلاك المبيع وقت التعاقد يجعل البيع باطلاً بحسب القانون المصرى وان لم يوجد نص صريح فيه لأنه فضلاً عن أن مصادره تقضى بذلك فهذا الحكم مستفاد دلالة من باقى أحكام القانون إذ أن محل التعاقد يجب أن يكون فعلاً ممكناً (مادة ٩٥) والمنعدم لا يمكن إيجاده فإذا هلك المبيع وقت التعاقد فقد البيع أحد أركانه وكان مستحيلًا من جهة أخرى تسليمه بحسب طبعه وذلك شرط ضرورى لانعقاد البيع (مادة ٢٥٩ أهلى)

٣٠٣ — وعلى ذلك لا ينعقد البيع اذا تبين أن المعقود عليه قد انعدم قبل قيمته
التعاقد لأن البيع يكون بلا مبيع . يستوى فى ذلك علم المتعاقدين بهلاكه أو جهلهما به لأن العبرة بتكوين العقد تكويناً حقيقياً لا تكويناً صورياً .

فإذا جهل انسان أن حيواناً له مات وباعه فلا ينعقد البيع ولا يترتب عليه إلزام المشتري بدفع الثمن واذا كان دفعه وجب على البائع رده اليه لأنه أخذه بغير سبب

قانوني (مقصد شرعي) ومن الواجب لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً (مادة ٩٤ مدني) — راجع باندكت فقرة ٥٥٥ بيع كذلك اذا باع شخص حق انتفاع له فبين أن مدته كانت انتقضت قبل تاريخ التعاقد بطل البيع وهكذا

٣٠٤ — والمقصود بهذا الحكم هو الهلاك الذي يحصل قبل أو وقت التعاقد ^{وقت حصول الهلاك} لأنه مفوت محل البيع

أما اذا حصل الهلاك بعد البيع كان حكمه مخالفاً لذلك إذ لا تأثير له في القانون الفرنسي على عقد البيع حيث الضمان دائماً على المشتري وبحسب القانون المصري يكون البيع منعقداً وانما يجوز فسخه بحسب الأحوال المنصوص عليها في القانون (مادة ٢٩٧ أهلي و ٣٧١ مختلط) وسيجيء تفصيل ذلك في موضعه

والهلاك اما أن يتناول المبيع كله أو بعضه

٣٠٥ — فإن كان الذي هلك هو المبيع كله فالأمر ظاهر وهو عدم انعقاد البيع ^{هلاك الكل} لفوات محله أي لفقد المبيع وهو أحد أركان الانعقاد

٣٠٦ — أما اذا كان الذي هلك هو بعض المبيع فالقانون الفرنسي ينص في ^{هلاك البعض} المادة ١٦٠١ فقرة ثانية بأن يكون المشتري مخيراً بين ترك البيع أو أخذ الباقي بحصته من الثمن . وهو حكم عادل لا نرى اعتراضاً على الأخذ به خصوصاً وأنه غير مخالف لما نص عليه الفقهاء في حالة هلاك بعض المبيع قبل قبضه فقد قرروا بأنه في هذه الحالة يسقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف ويخير المشتري بين الفسخ والامضاء — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧

كما أنه يتمشى مع فكرة الشارع التي أبدأها في المادتين ٢٩١ و ٢٩٢ أهلي (٣٦٤ — ٣٦٦ مختلط) بخصوص وجود نقص في المقدار المبيع عند التسليم وجواز فسخ البيع أو إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً

٣٠٧ — ويلاحظ أن البيع في حالة هلاك بعض المبيع لا يعتبر باطلاً كحالة هلاك المبيع برمته لأن هلاك البعض لا يجعل البيع خالياً من المعقود عليه غير أنه لما لم يكن كل الشيء الذي قصده المشتري وقت التعاقد وجب أن يترك له السبيل لرفع ما يلحقه من الضرر الذي ينشأ عن ذلك بأن يختار بين ترك البيع أو أخذ الباقي بحصته ولم يجعل البيع صحيحاً في الجزء الذي لم يهلك مفسوخاً في الجزء الذي هلك خشية أن يصيب المشتري ضرر من ذلك لأنه ربما يكون المقصود بالشراء ما ينجم من المنفعة عن الجزء الهالك ولذلك جعل له الخيار في ترك الصفقة بأكملها حينئذٍ أما إذا رأى أن له صالحاً في أخذ الجزء الباقي أخذه بحصته من الثمن أى بنسبة العين بأكملها فيقسم الثمن المتفق عليه بين الجزء الهالك وبين الجزء الباقي حيث يبقى الاتفاق قانون المتعاقدين .

٣٠٨ — إنما يلاحظ في حالة ما إذا أراد المشتري ترك الصفقة أن يكون الهلاك تقدير الهلاك أو التلف ذا قيمة لا أمراً تافهاً يتخذه ذريعة للتصل من أحكام البيع وينبنى على ذلك أن تكون مسألة تقدير الهلاك أو التلف من مسائل الوقائع التي يترك للقاضي الفصل فيها عند الخلاف . وعليه فيجوز للقاضي أن يحكم بتأييد البيع في الجزء الباقي بغير هلاك إذا طلب البائع ذلك وتبين له أن التلف طفيف وأن لا مصلحة للمشتري من الفسخ وأنه إنما يحاوله لأسباب أخرى — بودان ص ٥٥ كتاب البيع ويرى بعضهم إطلاق الحرية للمشتري في الترك إلا أنه رأى مرجوح لأن المشتري قد يفرض في استعمال حقه

٣٠٩ — وللقاضي أن يستعين في تقديره بالمبادئ الواردة في المادتين ٢٩١ و ٢٩٢ أهلى (٣٦٤ — ٣٦٦ مختلط) والخاصة بوجود نقص في مقدار المبيع عند استلامه ولكنه ليس بملزم أن يتبع حتماً نص المادة ٢٩٣ أهلى (٣٦٧ مختلط) القاضي بأنه لا يجوز الفسخ إلا إذا كان التلف زائداً على نصف الثمن المعين بل له أن يقدره بحسب ما يراه لأن الحكمة من هذا القيد في الأحوال المعينة له عدم تسهيل

فسخ العقود بعد اتمامها اذ يترتب على ذلك اضطراب في المعاملات . أما هنا فالنقص أو الهلاك مانعان أحياناً من تكوين العقد وإتمامه

ولهذا ترى الشراح الفرنسيين يعترضون بهذا الاعتراض على من قال بضرورة عدم فسخ البيع عند هلاك بعضه طبقاً لنص المادة ١٦٠١ فرنساوى إلا اذا كان المبيع بحالة لو علمها المشتري لما اشترى قياساً على حالة استحقاق بعض المبيع —
« ١٦٣٦ فرنساوى و ٣١٠ أهلى و ٣٨٤ مختلط »

فيؤخذ مما تقدم أنه يجوز أن لا يترتب على تلف أو نقص بعض المبيع سوى تنقيص في الثمن إذا رفض القاضى طلب الفسخ — مثال ذلك تلف بضاعة أثناء نقلها تلفاً معتاداً حصوله والتسامح فيه بحسب العرف التجارى — قارن في ذلك تعليقات دالوز فقرة ١٤ مادة ١٦٠١

٣١٠ — ولا تسقط دعوى طلب فسخ البيع لهلاك بعض المبيع وقت التعاقد إلا بمضى المدة العادية لعدم وجود نص خاص . فلا تنطبق عليها أحكام المادة ٢٩٥ أهلى (٣٧٠ مختلط) . ولكن اذا دلت الظروف والقرائن على أن السكوت كان رضاء بأخذ الباقي بحصته من الثمن وتنازلاً عن طلب الفسخ فلا تقبل الدعوى لهذا السبب لا لأنه سقط الحق في رفعها — تعليقات دالوز فقرة ٢٧ مادة ١٦٠١ فرنساوى

٣١١ — واذا كان الثمن دفع كاملاً فالمشتري حق استرداد الحصة المساوية لمقدار النقص من الثمن طالما أن حقه لم يسقط بمضى ١٥ سنة — انظر تعليقات دالوز فقرة ٢٥ مادة ١٦٠١ فرنساوى

٣١٢ — اذا علم المشتري بتلف بعض المبيع وقت التعاقد ومع ذلك اشترى فليس له أن يرجع في تعاقدته فيطلب ترك البيع أو تنقيص الثمن فيما بعد لأنه يعتبر مشترياً للشيء بحالته الموجود عليها وقت البيع باختياره ورضائه — بودرى المطول فقرة ٩٨ ص ٧٧

٣١٣ — اذا اشتمل المبيع على جملة أشياء بيعت صفقة واحدة بثمن معين جملة في هلاك بعض الاشياء المبيعة جملة فهلك أحدها قبل أو وقت البيع يجوز للمشتري فسخ البيع أو تأنيده بلا نظر لما اذا

كانت الاشياء بحالة لا يشتري المشتري بعضها دون البعض أولاً فإنها تعتبر واحدة لوحدة الثمن المسمى جملة أما لو تعين لكل شيء ثمن خاص فتعتبر الصفقة أنها مشتملة على جملة ياعات ينظر لكل واحدة منها على حدة وهلاك بعضها قبل البيع لا يجوز للمشتري ترك البعض الآخر خصوصاً اذا كان يمكن فسخها بغير ضرر ويعتبر البيع الواقع على أشياء مثلية أى من صنف واحد كأنها مبيعة بأثمان مستقلة اذا تعين ثمن وحدتها كبيع مائة أردب من القمح بمبلغ مائة جنيه باعتبار الأردب الواحد جنيهاً فهلاك بعض المبيع وهو تلف جزء من القمح لا يجوز للمشتري أن يترك البيع بل يجب أخذ الباقي باعتبار ثمن الأردب الواحد المسمى وان يدفع ثمنه فقط

الفرع الثانى — فيما يجوز التبايع فيه وما لا يجوز

٣١٤ — يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع مما يجوز التبايع فيه وهذا هو الشرط الثانى من شروط المبيع (انظر فقرة ٢٦٧ المتقدمة)
فان كان الشيء مما لا يجوز التبايع فيه فلا ينعقد البيع عملاً بنص المادة ٢٥٩ أهلى (٣٢٦ مختلط)

٣١٥ — وهذا النص مستمد من أحكام القانون الفرنساوى (انظر مادتي ١١٢٨ و ١٥٩٨ فرنساوى) بعكس باقى المادة فانها مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية كما سيحىء

نقد
على تعبير القانون

٣١٦ — ولكننا قبل بيان الاشياء التى يجوز التبايع فيها أولاً يجوز وقيمة بطلانها نرى من المفيد الاشارة للملاحظة الآتية

يظهر من مقارنة عبارة « ما لا يجوز التبايع فيه » بما يقابلها فى النص الفرنساوى^(١) أن هناك تصرفاً فى التعبير قصر مؤدى العبارة العربية على البيع مع أن النص الفرنساوى

(١) هذه هى عبارة النص الفرنساوى :

des choses qui ne sont pas dans le commerce

أو *choses hors du commerce* كاصطلاح الشراح

يصدق على البيع كما يصدق على غيره وربما كان التعبير بما « لا يقبل التعامل به » أو بما « لا يجوز التصرف فيه » أو « الاتجار به » أوفى بالمراد لأن المقصود من التعبير الفرنسي هو قابلية الشيء المعقود عليه لأن يكون محلاً للعقد^(١) والتعامل يراد به لغة التصرف من بيع ونحوه^(٢) فاستعماله يكون أكثر مطابقة للاصطلاح الفرنسي . وسنجرى هنا على استعماله منعاً للبس الذي ينشأ من استعمال عبارة القانون فليلاحظ ذلك

٣١٧ — وفقهاء الشريعة الإسلامية يعبرون عن ذلك بالمال المباح أو الغير المباح
تعبير الفقهاء
الإنتفاع به شرعاً ويتكلمون عليه غالباً في سياق الكلام على المال المتقوم
وحكم البيع الوارد على مال غير مباح الإنتفاع به شرعاً كالميتة والدم أو غير ذلك
مما حرم شرعاً أنه باطل والبيع فيه لا ينعقد أصلاً وبعبارة أخرى بطلانه أصلي —
« مستفاد من ابن عابدين ج ٤ ص ٣ وص ١٠٥ »

٣١٨ — نص القانون على أن البيع لا ينعقد « فيما لا يجوز التبايع فيه » وذلك
يأن ما لا يجوز
التبايع فيه
لأن الأصل إباحة التبايع في جميع الأشياء والاستثناء التحريم وعلى ذلك لا يكون من
اللازم لا مكان بيع الشيء أن يبيحه القانون بل يكفي أن لا يمنعه

٣١٩ — ومنع التبايع في شيء ينشأ عن سببين :

الأول — أن يكون الشيء مما لا يقبل التعامل به^(٣) (لا يدخل في التجارة)

الثاني — أن يمنع القانون بيعه وإن كان مما يقبل التعامل به

٣٢٠ — فالشيء الذي يقبل التعامل به هو ما كان قابلاً للملكية الخاصة والتداول
شروط الشيء
القابل للتعامل به
بين الناس فيجوز أن يمتلكه أحد الأفراد وإن يملكه لآخر أي يلزم أن يتوفر فيه
شرطان :

الأول — أن يكون قابلاً للملكية الخاصة

(١) انظر بلانيول ج ٢ فقرة ١٠١٠ ومختصر بودري ج ٢ فقرة ٨٤٠

(٢) راجع قاموس المصباح المنير

(٣) chose hors du commerce

الثاني — أن يكون قابلاً للتملك والتملك أى للانتقال من يد الى يد

٣٢١ — والشئ الذى لا يقبل التعامل به هو ما لم يتحقق فيه هذان الشرطان :
فاذا لم يكن الشئ قابلاً للملكية الخاصة بأن كان شيئاً مباحاً للعموم كالماء والنور والهواء فان طبيعة هذه الأشياء تنافى امتلاكها امتلاكاً خاصاً كان الشئ مما لا يقبل التعامل به . فاذا تغيرت طبيعته وأصبح جائز الامتلاك كالماء بعد احرازه انقلاب شيئاً قابلاً للتعامل به

واذا لم يكن قابلاً للتملك أو التملك أى للانتقال والتداول بين الأفراد كأموال الميرى المخصصة للمنفعة العمومية كان كذلك مما لا يقبل التعامل به لفقده الشرط الثانى من ذلك يرى أن عدم تحقق هذه الشروط ينشأ إما عن طبيعة الشئ كالأشياء المباحة للعموم والأشياء المستحيلة الوجود أو عن صفاته كالأشياء المخصصة للمنفعة العمومية (حصن . قلعة . ميناء . كتبخانة ميرية . دفتر خانة عمومية وغيرها مما هو وارد فى مادتي ٩ و ١٠ مدنى أهلى) والأشياء المنوع بيعها محافظة على النظام العام (منع بيع الحشيش والجواهر السامة والحيوانات المصابة أو المشتبه فى إصابتها وغير ذلك) ويلاحظ أن الأشياء المنوعة لصفاتها قابلة فى الأصل للملكية الخاصة إلا أن القانون جعلها مما لا يقبل التعامل به

٣٢٢ — على أن تحريم القانون بيع شئ لا يخرج حتماً من دائرة الاشياء القابلة للتعامل بها اللهم إلا اذا كان المقصود بالمنع النظام العام فينشئ يصبح الشئ حتماً مما لا يقبل التعامل به ولا يجوز أن يكون محلاً لأي تعاقد لأن محل التعاقد اذا كان مخالفاً للنظام العام كان غير جائز قانوناً (١)

ملاحظات
ومقارنات بين
الاشياء المنوعة
قانوناً والغير
القابلة للتعامل

٣٢٣ — واذا اعتبر الشئ مما لا يقبل التعامل به للنظام العام فهذا الاعتبار لا يكون دائماً مطلقاً وعمماً فى سائر الاحوال فان من الاشياء ما يكون فيها هذا الاعتبار مطلقاً كمنع بيع أملاك الميرى المخصصة للمنافع العمومية حيث تمنع صفتها من تملكها

ومنها ما يكون فيها خاصاً كمنع بيع الجواهر السامة فإنها تعتبر من الأشياء التي لا تقبل التعامل بالنسبة لمن حرم عليهم بيعها ومن الأشياء القابلة للتعامل بالنسبة للمصرح لهم ببيعها — انظر مادة ٢٢ من لائحة الصيدليات

كذلك الأشياء المحتكرة للحكومة كالبارود والملح لا تعتبر غير قابلة للتعامل إلا فيما يتعلق بعدم جواز بيعها بالنسبة لغير المصرح لهم بالبيع فإذا باعها أحد هؤلاء كان البيع غير منعقد لأن الشيء مما لا يقبل التعامل به وإذا باعها المصرح له بالتزامها كان بيعه صحيحاً — راجع بودرى الطول ص ٦٩

٣٢٤ — ويستفاد مما تقدم أن النص في القانون على بطلان بيع شيء لا يكفي لجعل هذا الشيء مما لا يقبل التعامل به إذا كان المقصود بالبطلان المصلحة الخاصة أو النظام الخاص مثال ذلك منع بيع ملك الغير^(١) فإن البطلان لا يجعل الشيء مما لا يقبل التعامل به إلا إذا كان مقصوداً به النظام العام

ويستخلص من ذلك أنه عدم قابلية الشيء للتعامل به تؤدي لبطلانه ولا عكس ٣٢٥ — وفائدة التمييز بين المسائل التي أوردناها هي أنه إذا كان الشيء مما لا يقبل التعامل به^(٢) سواء كان بطبيعته أو بحكم القانون فإنه لا يصلح أن يكون محلاً للبيع . والبيع الذي يرد عليه لا ينعقد لأنه يعتبر فاقداً أحد أركانه (الشيء المعقود عليه)

وعلى ذلك لا تترتب عليه التزامات ما بين الجانبين فلا يجبر البائع على تسليم المبيع ولا المشتري على دفع الثمن ولا يسأل المقصر عن تعويضات بسبب عدم الوفاء فلا تعويض على عدم تنفيذ تعهد لم ينعقد

أما إذا كان الشيء ممنوعاً بيعه بغير أن يعتبر مما لا يقبل التعامل به أي كان منعه بالنظر للمصلحة الخاصة فالأحكام المترتبة عليه تختلف عن ذلك اختلافاً يائناً . فالبيع فيه

(١) وفي فرنسا لا يجوز بيع المقارات المغطاة بجهازاً مدة الزوجية وهو منع مقصود به أيضاً مصلحة الزوجين الخاصة لا المصلحة العامة . (انظر مادة ١٥٥٤ مدني فرنساوي)

(٢) choses hors du commerce

ينعقد لأن الشيء صالح للتعاقد ولكنه يكون قابلاً للبطلان وعلى ذلك تنشأ عنه تعهدات من جانبي المتعاقدين ويترتب على عدم الوفاء بها مطالبة المقصر بالتضمينات كما في حالة بيع ملك الغير فإنه يجوز للمشتري مطالبة البائع بالتضمينات اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع (مادة ٢٦٥ أهلى و ٣٣٤ مختلط)

يلخص ذلك فى أن البيع فى الحالة الأولى لا ينعقد ولا يبنى عليه حكم ما لأن مدار المنع فى النظام العام وبعبارة أخرى يكون باطلاً بطلاناً أصلياً

والبيع فى الحالة الثانية ينعقد قابلاً للبطلان مستلزماً للتعويضات بحسب الأحوال لأن مدار المنع فى النظام الخاص وبعبارة أخرى يكون بطلانه نسبياً

٣٢٦ — وتطبيقاً لهذه القواعد حكم بأن بيع الحيوانات المصابة بمرض معد ومحرم بيعها بمقتضى القانون لا يترتب عليه المطالبة بالتعويض لأن المبيع مما لا يجوز التبايع فيه (لا يقبل التعامل به) والبيع فى هذه الحالة باطل بطلاناً أصلياً لا نسبياً — راجع حكم محكمة نانسى فى ٢٢ مايو سنة ١٨٩٤ وبودرى المطول فقرة ٩٢ والبانديكت فقرة ٥٩٤ بيع ج ٥٩

٣٢٧ — وفى قضية بيع نبيذ من صنف محرم بيعه امتنع المشتري عن تنفيذ عقد البيع فطالبه البائع بالتعويض فرفضت دعواه بناءً على أن المبيع مما لا يقبل التعامل به وعلى ذلك لا يترتب على التعاقد تعهد ما — محكمة نيم ٦ يولييه سنة ١٩٠٠ وبودرى المطول فقرة ٩٢

٣٢٨ — وبأن بيع الجواهر السامة باطل بطلاناً جوهرياً ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن يطالب الآخر بتنفيذ العقد — باريس ٣ مايو سنة ١٨٨٨ وبودرى المطول فقرة ٩٣

٣٢٩ — على أنه قد تجوز المطالبة بالتضمينات فى حالة بيع أشياء لا تقبل التعامل بها وذلك اذا استعمل البائع طرقاً احتيالية بأن أوهم المشتري بأن الشيء مما يجوز بيعه فالمشتري فى هذه الحالة أن يطلب تعويض الضرر الذى لحقه

مثال ذلك أن يوهم انسان آخر بأنه مصرح له ببيع أرض داخلية فى حدود منطقة

استحكام أو في طريق عام ويبرز له مكتابة مزورة فيخدعه ويحمله على الشراء ثم يتبين أن المبيع من الأملاك العامة

ولكن تعويض الضرر ليس مبناه عدم تنفيذ العقد بل فعل البائع بناءً على قاعدة كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يستوجب إلزام فاعله بتعويض الضرر — انظر مادة ١٥١ مدني أهلي و ٢١٣ مختلط وبودري المطول فقرة ٩٣

المبحث الأول — في الأشياء التي لا تقبل التعامل بها

٣٣٠ — يتبين مما تقدم (فقرة ٣١٩) أن الأشياء التي لا يجوز التبايع فيها تنقسم الى قسمين : قسم لا يقبل التعامل به لأنه لا يدخل في التجارة وقسم منع القانون بيعه وإن كان مما يقبل التعامل به وكلامنا في هذا المبحث خاص بالصنف الأول فما لا يقبل التعامل به الأشياء الآتية :

٣٣١ — نصت المادة التاسعة من القانون المدني على أن الأملاك الأميرية ^{الاملاك المخصصة للمنافع العمومية} المخصصة للمنفعة العمومية لا يجوز تملكها بوضع اليد عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها إنما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وقد بينت هذه المادة والتي تليها الأشياء التي تعتبر املاكاً ميرية فليرجع اليها

٣٣٢ — فالبيع الوارد على هذه الأشياء يكون باطلاً بطلاناً أصلياً لأن الشيء مما لا يقبل التعامل به اذ المقصود بمنع بيع هذه الأشياء هي المصلحة العامة

٣٣٣ — ولكن المحاكم جرت على الحكم بتعويض لمشتري هذه الأشياء اذا كان حسن النية كما تقضى بعدم جواز نزع العين من تحت يد المشتري اذا كان وضع يده عليها وتبين أنها خرجت من دائرة الأملاك العمومية — تعليقات دالوز فقرة ١٣ مادة ١٥٩٨ ودوهرس فقرة ٧١ ج ٤ بيع

٣٣٤ — وبهذا المعنى حكم بأن البلدية التي تبيع أرضاً من الأراضى المخصصة للأعمال الحربية لمشتري حسن النية تكون ضامنة للبيع في حالة استحقاق المبيع واذا زالت

عن الأرض المباعة صفة الأملاك العمومية بأن أصبحت حرة فلا تقبل دعواها بطلب استرداد العين المباعة من المشتري — باندكت فقرة ٥٩٥ بيع ج ٥٩ وتعليقات دالوز فقرة ١٤ مادة ١٥٩٨

٣٣٥ — ومما تنبئ الإشارة إليه هنا أنه يجب الاحتراس من الخلط بين الأملاك العمومية وبين أملاك الحكومة الخاصة فإن الأخيرة وتسمى أملاك الميرى الحرة يجوز بيعها والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات

٣٣٦ — أما بيع الأملاك العمومية فباطل ولا يترتب عليه نقل الملكية لأن البطلان أصلي حتى إذا اشتمل البيع على شيء بعضه ملك عام للميرى وبعضه ملك خاص وجب على أي حال استبعاد الجزء الداخل في الأملاك المخصصة للمنفعة العمومية لأنه مما لا يقبل التعامل به

٣٣٧ — ولكن إذا زالت قانوناً صفة الشيء الذي لا يقبل التعامل به كزوال تخصيصه للمنفعة العمومية زال المانع من البيع وأصبح شيئاً جائز التعامل به وتسرى عليه أحكام البيع العام

٣٣٨ — ومما يحصل التساهل فيه إقامة الحمامات وإنشاء المصايد أو بناء البرابج وغيرها بالأراضي المخصصة للمنفعة العمومية وليس معنى ذلك زوال صفة الشيء ولا إباحة تملكه لأن الغرض هو التسامح في الانتفاع وفي الغالب يكون ذلك بترخيص من السلطة المختصة أي بعقد مانع من التملك . والمحلات المقامة بهذه الكيفية على هذه الأملاك هي أملاك خاصة ويجوز للأفراد الحائزين لها التبائع بها بشرط عدم الإخلال بحقوق الحكومة — راجع تعليقات دالوز فقرة ٢٢ مادة ١٥٩٨

٣٣٩ — على أن قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك المخصصة للمنافع العمومية لم تكن معروفة في مصر قبل صدور القانون المدني ومن ثم فليس للحكومة أن تدعى ملكية أرض لم تدفع لها ثمناً بناءً على أنها كانت منذ خمسين سنة مخصصة للمنافع العمومية وأن الحكومة بأعنتها بدون حق قبل العمل بالقانون المدني — « الاستئناف الاهلي أول ابريل سنة ١٩١٣ مجموعة رسمية س ١٤ نمرة ٧٧ »

الوظائف
العمومية

٣٤٠ — وما لا يقبل. التعامل به الوظائف العمومية فإن الوظائف تنحصر في إنبابة الموظفين عن السلطة العامة التي لا تتناولها الإتفاقات الخاصة والموظف أمين على الوظيفة لا مالك لها لذلك كان التبايع بالوظائف غير جائز قانوناً وباطل بطلاناً أصلياً .

٣٤١ — والبيع بالتواستة كالبيع مباشرة فلو قبل موظف أن يقدم استقالته مقابل مبلغ من المال يأخذه من شخص يحل محله في وظيفته كان ذلك بيعاً مستتراً لوظيفته فلا ينقذ ولا تترتب عليه حقوق ولا واجبات . وعلى هذا إذا أراد الواعد العدول عن الاستقالة فلا يلزم بتقديمها كما أن الموعود له إذا عين فعلاً في الوظيفة ثم امتنع عن دفع المبلغ فلا يجبر على دفعه وإذا كان دفعه فعلاً فله أن يسترده لأنه دفع بلا سبب جائز (مادة ٩٤ مدني)

٣٤٢ — ومن البديهي أن الغرض هنا تقرير الأحكام السارية على المتعاقدين لا على الحكومة بمعنى أنه إذا قدم الموظف استقالته ثم لم يحصل على المبلغ المتفق عليه فليس له أن يجبر المصلحة التابع لها على اعادته اذ ليس لها أن تبحث في الأسباب التي كانت دعت لتقديم الاستقالة — باندك فقرة ٦٠٢ بيع ج ٥٩

٣٤٣ — قد يتفق أن طبيباً يتنازل عن عيادة مرضاه (١) مقابل مبلغ من المال في بيع عيادة الطبيب

لطبيب آخر لسبب من الأسباب كقطع الطبيب الجديد في أن يستفيد من حلوله محل القديم لأنه كان شهيراً ومعروفاً لدى العامة والخاصة وقد ناقش الشراح مسألة جواز هذا البيع وعدم جوازه لذلك رأينا أن نشير إليه في بحثنا

ووجه الرية أن أساس عيادة المرضى هي الثقة بالطبيب وما امتاز به واشتهر عنه من صفات خاصة كالأمانة والكفاءة وحسن السمعة وغيرها من أوجه التفضيل فالعيادة التي مبناهها ذلك لا تصلح أن تكون محلاً للتبايع فتقاة الانسان بآخر لا تقبل التملك ولا التملك ولا تحمل الانتقال من ذمة الى ذمة بل يجب أن تبقى خارجة

(١) نقصد بذلك ما يسمى *Vente ou cession de la clientèle d'un médecin*

عن الأشياء القابلة للتعامل وأن يكون دائماً مرجعها حرية اختيار المريض لهذا إذا قصد بيع عيادة الطبيب هذا المعنى الخاص فالبيع باطل وغير منعقد أما إذا قصد به التعهد بالامتناع عن مزاوله المهنة في الجهة التي كان يزاولها فيه الطبيب الأول مقابل مبلغ من النقود والتنازل عن إيجار محل العيادة ونصح المرضى بالمعالجة عند الطبيب الثاني ومجرد تعريفهم به وتقديمه لهم وغير ذلك مما هو من هذا القبيل كان البيع جائزاً فإن القانون لم يحرمه وجرت المحاكم الفرنسية على الحكم بصحته . كما أنها قضت بإبطال بيع عيادة المرضى الحاصل بصفة مطلقة وبغير تعيين للمراد بالكيفية السابقة وذلك بناءً على ما قدمنا من الأسباب وهي أن عيادة المرضى من الأشياء التي لا تقبل التعامل بها والتي يجب أن يكون مرجعها ثقة ذوى الشأن وحرية اختيارهم

واعترض بعض الشراح على ذلك قائلاً أن إطلاق العبارة في التنازل لا يستلزم البطلان لأنه يجب الرجوع لقصد المتعاقدين وقصدهما هو في الواقع امتناع المتنازل عن مزاوله مهنته في المكان الذي يباشرها فيه وفي كل مكان يزاحم فيه المتنازل إليه فهذا ما يجب أن يؤول إليه قصد المتعاقدين وبهذا الاعتبار يكون التنازل صحيحاً — « راجع بودرى فقرة ١٠٣ وتعليقات دالوز فقرة ٦٩ مادة ١٥٩٨ »

٣٤٤ — والخلاصة أن أحكام المحاكم متفقة على أن بيع عيادة المرضى باطل إذا قصد به نفس عيادتهم في ذاتها أى فحص المريض ووصف الدواء له ولكن التعهد الصادر بعدم مباشرة الصناعة في جهة معينة وبايضاء الزبائن (العملاء) بالتنازل إليه مقابل مبلغ من المال صحيح — راجع كتاب بودرى فقرة ١٠٣ ص ٨٣ وقرة ٦١٠ — ٧١ تعليقات دالوز مادة ١٥٩٨

٣٤٥ — وتطبيقاً لذلك حكم بصحة التعهد الصادر من طبيب لآخر مقابل ثمن معلوم وقاض بأن يترك المتعهد الجهة التي كان يزاول صنعته فيها وأن لا يعود إليها قبل زمن معين وعند عودته لا يتخذ له عيادة إلا على مسافة محددة كما يترك

حقه في الإجارة والأثاث والأدوات . وعلى ذلك إذا خالف المتعهد مقتضى هذه الشروط جاز للمتعهده أن يطالبه بالتضمنات — تعليقات دالوز فقرة ٦٤ مادة ١٥٩٨

٣٤٦ — وقس على ما تقدم حالة بيع المهندس المعماري للأعمال المعهود اليه من في بيع المهندس
المعماري والمحامي
لأعمال صناعتها عملائه — أما المحامي فليس له التبائع بأعمال موكله بأية صورة كانت وعمل مثل هذا يجعله عرضة للمواخذة التأديبية ويكون باطلاً بطلاناً أصلياً — انظر دمولومب ج ٤ فقرة ٣٤٣ وتعليقات دالوز فقرة ٤١ مادة ١١٢٨ وبودري فقرة ١٠٣

٣٤٧ — أما إذا اقتصر البيع على مجرد بيع المكتب فهو جائز ومثله مثل سائر المحلات التجارية ومحلات الصناعة — انظر دوهرس فقرة ٧٠ ج ٤ بيع

٣٤٨ — على أنه إذا لم يكن مبنى علاقة العملاء بشخص من ذوى الصناعات والمهن صفاته الخاصة به وكفاءته الذاتية فالبيع لا يكون باطلاً باعتباره وارداً على شيء غير جائز التبائع به . مثال ذلك التنازل عن التدريس لطلاب مكتب ابتدائي لا يدرس فيه غير المسائل البسيطة الأولية للتعليم — محكمة السين في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ والبانديكت فقرة ٦٢٣ بيع ج ٥٩

٣٤٩ — يصح بيع محلات التجارة ومحلات الصناعة كما يصح كل اتفاق بخصوصها يكون من شأنه التعهد بعدم تعاطي نفس التجارة أو الصناعة في دائرة معينة أو بإيضاء الزبائن بالتنازل اليه فإذا أخل المتعهد بعهده حقت عليه التعويضات . فيجوز بيع مخزن التجارة ومحل القهوة ومعمل الورق وغير ذلك . كما يجوز التعهد بعدم فتح محل على مسافة معينة وهكذا — انظر دوهرس فقرة ٧٠ بيع

٣٥٠ — احكام — حكمت المحاكم المختلطة بأن بيع قهوة أى ترك العملاء والتنازل عن حق إجارة المحل وأدواته جائز قانوناً كيبيع أى محل صناعى — استئناف ١٤ فبراير سنة ١٨٧٨ ثالثة ص ١١٠ وبورلى مادة ٣٢٦ مختلط

٣٥١ — وحكم بأن الأسم المعنون به محل تجارى يمكن أن يكون موضوعاً للملكية ويحق لأول من اختاره أن يرجع بالتعويض على كل من يتخذ نفس الأسم لغرض المزاحمة الغير الشرعية . أما إذا أضيف الى الاسم السابق اختباره بعض التغيير

فلمحكمة حينئذٍ أن تنظر فيما إذا كان للاسم الجديد مميزات كافية لمنع الالتباس —

« مصر الابتدائية ٢٣ أكتوبر سنة ١١٢٠ مجموعة رسمية نمرة ٥٢ سنة ١٤٠٠ »

تنبيه — في الدعوى الحالية حكمت المحكمة بناء على ظروف الدعوى بأنه في
إضافة كلمة « الجديدة » لأسم صيدلية مميزاً كافياً لمنع الالتباس

٣٥٢ — وبأن بيع المحل التجارى يجب أن يؤول فيما يتعلق بالأشياء المبيعة بحسب

الغرض الذى قصده المتعاقدان كما يؤخذ من نصوص العقد وظروف الأحوال —

« مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ سنة ١١ ص ٢٩١ فقرة ٤٣٤٣ مجموعة ثانية »

٣٥٣ — وإنما يلاحظ أنه اذا كان محل التجارة أو الصناعة لا يجوز تشغيله بغير

ترخيص من الحكومة وحصل بيع محل من هذا القبيل كان البيع باطلاً اذا رفض

اعطاء الترخيص للمشتري لسبب من الأسباب التى لا دخل لشخصيته فيها —

« تعليقات دالوز فقرة ٤٠ مادة ١٥٩٨ »

٣٥٤ — بل ويكون الرفض سبباً لفسخ البيع بأكمله اذا كانت البضاعة تشمل

شيئاً آخر غير متوقف على الترخيص وذلك كما اذا كانت الصفقة واحدة والثن واحدًا

وحينئذٍ لا يجوز للبائع أن يجبر المشتري على استلام الشيء الغير المتوقف على الترخيص

ودفع ثمنه بنسبة حصته فى الثمن — قارن فى ذلك حكم محكمة القاهرة ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩

وبالاندك فقرة ٦٣٥ بيع ج ٥٩

٣٥٥ — من الأشياء التى لا تقبل التعامل بها الأموال الموقوفة لأنها لا تقبل

التملك ولا التملك — انظر فقرة ٣٢١ السابقة

المقارنات
الموقوفة
والتصرف فيها

٣٥٦ — فالوقف هو حبس العين عن تملكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة

على الفقراء ولو فى الجملة أو على وجه من وجوه البر — مادة ١ من قانون العدل والانصاف

٣٥٧ — وبمجرد انعقاد الوقف صحيحاً يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة

ويصير الوقف لازماً فلا يملك الواقف الرجوع فيه ولا يملك لأحد من الوقوف عليهم

أو غيرهم يبيع أو هبة أو غيرها — (مادة ٣ من نفس الكتاب)

وستنصر كلامنا هنا على بيع العقارات الموقوفة لأن التصرفات تكاد تنحصر فيها عملاً

٣٥٨ — فالمقارات الموقوفة سواء كان وقفاً أهلياً ابتداءً أو على جهة بر لا تقطع وبعبارة أخرى الموقوفة وقفاً أهلياً أو خيرياً لا تملك رقبته ولا تملك فلا تباع (ولا توهب ولا ترهن ولا تورث أيضاً) بل تصرف منفعتها وغلتها الى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة شرط الواقفين — مادة ٨ مرشد الحيران

٣٥٩ — فبيع الوقف يكون حينئذٍ باطلاً بطلاناً أصلياً لأن المبيع لا يصلح أن يكون محلاً للبيع ويكون البيع فاقداً أحد أركانه وعلى ذلك لا ينعقد ولا يترتب عليه حقوق ولا واجبات بين الطرفين

٣٦٠ — وهذا هو حكمه في الشريعة الاسلامية فقد ورد بابن عابدين (ج ٤ ص ١٠٩) بأنه « لا خلاف في بطلان بيع الوقف لأنه لا يقبل التملك ولا التملك وغلط من جعله فاسداً »

٣٦١ — فالأصل في الوقف عدم جواز بيعه ولكن قد يعرض ما يسوغ البيع شرعاً فاذا حصل البيع لمسوخ شرعى كان حينئذٍ صحيحاً لأن العين الموقوفة تعود قابلة للتعامل بها

٣٦٢ — والعقار يجوز بيعه في الأحوال الآتية :

أولاً — اذا اشترط الواقف الاستبدال جاز له ولن اشترط له بيع الموقوف ولو لم تكن هناك ضرورة

ثانياً — اذا لم يشترط الواقف الاستبدال أو نهى عنه فانه يجوز مع ذلك للقاضى بيعه عند الضرورة أو المصلحة كما سيبنى في بيان الأحوال التى يجوز فيها الاستبدال « انظر فقرة ٣٦٤ الآتية »

ثالثاً — اذا وقف المدين شيئاً من أمواله ويطلب الغريم دينه وليس للمدين الواقف ما يسدد به دينه غير العين الموقوفة فللقاضى أن يبيع العين الموقوفة بعد الدين ليستوفي الدائن دينه من ثمنها

رابعاً — اذا رهن المدين عند دائنه شيئاً بهذا الدين وسلمه له ثم وقفه وليس له

مال آخر يقضى منه الدين فان الوقف صحيح ولكن للقاضي بيعه كله أو بعضه بحسب قيمة الدين عند عدم الوفاء بالدين — راجع كتاب مباحث الوقف للشيخ زيد بك الأياني ص ٢١ وقانون العدل والانصاف مادة ٣٥

٣٦٣ — فاذا بيع الوقف بمسوغ شرعى من هذه المبيوعات فهو جائز وأما اذا بيع بغير مسوغ فالبيع يكون باطلاً سواء كان البائع هو الواقف أو الوارث أو القيم أو القاضي « راجع نفس الكتاب ص ٢٣ وكتاب قانون العدل والانصاف مادة ٣٥ »

٣٦٤ — يجوز استبدال الوقف بالشرط أو للضرورة

في استبدال
الوقف

والواقف اما أن يشترط الاستبدال في أصل الوقف أو يسكت أو ينهى عن

الاستبدال

٣٦٥ — فان كان الأول فاما أن يشترط الاستبدال لنفسه أو لغيره فقط أو له مع غيره . وفي كل هذه الأحوال يكون الاستبدال جائزاً وذلك كما اذا قال في أصل الوقف على أن له استبداله أو يبيعه متى شاء وأن يشتري عقاراً يجعله وقفاً مكانه فإن الشرط والوقف يكونان صحيحين . وحينئذ يجوز له استبدال الوقف أو يبيعه متى شاء ويشتري عقاراً آخر ويقوم الثانى مقام الأول في الحكم بمجرد الاستبدال أو الشراء بغير احتياج الى وقف جديد على أنه متى فعل ذلك مرة فليس له أن يستبدله مرة أخرى الا اذا ذكر في الوقفية عبارة تفيد الاستبدال دائماً

والاستبدال جائز في هذه الحالة ولو كان الشيء المستبدل عامراً ذا ريع يتنفع به —

« كتاب مباحث الوقف ص ٤٣ »

٣٦٦ — وان اشترط الاستبدال لغيره جاز لهذا الغير الاستبدال ويجوز له هو

أيضاً (أى الواقف) لأن الغير لم يستفد هذا الحق الا من جهته

٣٦٧ — وان اشترطه لغيره معه جاز له الانفراد بالاستبدال دون ذلك الغير

٣٦٨ — ومتى جاز الاستبدال للواقف أو لغيره على حسب الشروط جاز له أو

لذلك الغير أن يتولاه بنفسه وأن يوكل غيره به — (نفس الكتاب)

٣٦٩ — أما اذا اشترط الواقف لنفسه البيع فقط بدون الاستبدال بأن لم ينص

على أنه يستبدل بثمنه عيناً تكون وفقاً مكانه فالرأى المعول عليه وهو قول أبي يوسف أن الوقف جائز وشرط البيع باطل — خصاص ص ٢٢

٣٧٠ — أما إذا سكت الواقف بأن لم يشترط الاستبدال له أو لغيره فليس له بيع الوقف واستبداله ولو صارت الأرض سبخة والدار خربة لا ينتفع بها وإنما الذى يملك الاستبدال فى هذه الحالة هو القاضى وله ذلك فى حالتين :

الحالة الأولى — أن يخرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية بأن تصير الأرض سبخة وينقطع انتفاع الموقوف عليهم بها أو تضعف ويقل إيرادها ويصير ريعها لا يكفى لمؤوتها وتكاليفها وليس للوقف ريع تصلح به فللقاضى فى هذه الحالة الحق فى استبدال هذا الوقف بشيء آخر تعود منفعته على الموقوف عليهم

وكذلك الحال فى الدار اذا وهنت حيطانها وانتقض بنيانها وتداعت الى الخراب وكادت تصير تلاً ولم يكن للوقف ريع تعمربه ولم يوجد من يرغب فى استئجارها مدة طويلة بأجرة معجلة تصرف فى تعمیرها وتستقطع من أصل أجرتها تعينت المصلحة فى الاستبدال فيجوز للقاضى استبدالها . وهذه الحالة متفق عليها

الحالة الثانية — أن يكون الوقف متفعلاً به فى الجملة ولكن يمكن استبداله بأكثر منه نفعاً كما اذا فرضنا أن هناك من يرغب فيه ويعطى بدله أرضاً أو داراً أكثر منه ريعاً وأحسن صقماً أو يبذل فيه ثمنًا زائداً يمكن أن يشتري به بدل أحسن صقماً واغزر ريعاً لجهة الوقف فان القاضى يملك الاستبدال . وهذه الحالة خلافية وأبو يوسف هو الذى يميزها ويقولون إن الفتوى على غير مذهبه ولكن الظاهر الجواز لاتفاقهم على أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف — كتاب مباحث الوقف ص ٤٥ وقانون العدل والانصاف مادة ١٢٩ وما بعدها

٣٧١ — واذا نهى الواقف عن الاستبدال فى هذه الحالة تتبع جميع الأحكام المقررة عند سكوت الواقف عن الاستبدال وذلك لأن هذا الشرط يؤثر على مصلحة الموقوف عليهم فيكون لا غياً لا يعتد به — (نفس الكتاب)

٣٧٢ — يستخلص مما تقدم أن الوقف إما أن يكون عامراً أو غير عامر . فإن كان غير عامراً فلا كلام في جواز استبداله للقاضي ولو نهى الواقف عنه وإن كان عامراً فلا يجوز إلا في حالتين : الأولى أن يشترط الواقف الاستبدال الثانية : أن يكون الوقف متنعماً به في الجملة ولكن يمكن استبداله بما هو أحسن منه صقماً وأغزر ريعاً وهذه خلافة كما تقدم

٣٧٣ — وقد نص الفقهاء على صورتين أخريين :

الأولى — إذا غصب الواقف غاصب وعجز المتولى عن استرداده أو عن إقامة البينة وأراد الغاصب دفع البدل أو الصلح على شيء لزم المتولى أخذه وأن يشتري به عقاراً يجعله وقفاً على شرائط الأول إذا المنفعة في ذلك

الثانية — إذا غصب الأرض الموقوفة غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بجرراً لا ينتفع بزراعتها وضمن المتولى الغاصب القيمة لزمه أن يشتري بها أرضاً بدلاً عنها ٣٧٤ — وفي كل الأحوال المتقدمة سواء كان الاستبدال فيها جائزاً للواقف أو القيم أو القاضي فلا يصح البيع في الصور الآتية :

١ — إذا كان في البيع غبن فاحش

٢ — إذا باعه لمن لا تقبل شهادتهم (أصوله وفروعه كابنه أو أبيه)

٣ — إذا باعه لمن يكون له دين على المستبدل ويريد شراءه في مقابل الدين

ففي كل هذه الصور يكون البيع باطلاً ولو كان القاضي هو البائع

٣٧٥ — ومتى حصل بيع الموقوف ممن يملكه فإن أخذ عقاراً في مقابله فلا شك في أنه يصير وقفاً مكان الأول وإن أخذ نقوداً ليشتري بها عقاراً يجعله وقفاً مكانه كانت هذه النقود وقفاً بمنزلة العين الأصلية فلا يملكها الواقف

٣٧٦ — يستفاد مما تقدم أنه يجوز للقاضي استبدال الوقف سواء اشترطه

الواقف أو سكت أو نهى عنه متى كانت هناك ضرورة تدعو إلى ذلك ويتكرر هذا الحق له كلما وجد المسوغ . وأما الواقف أو المتولى فلا يملك الاستبدال إلا إذا نص

عليه الواقف فيتبع شرطه فان شرط تكراره كان لكل منهما هذا الحق متى أراد
وان لم يشترط التكرار ينتهى هذا الحق متى حصل الاستبدال مرة واحدة فليس لهما
بيع الثانى لشراء غيره — نفس الكتاب ص ٤٧

٣٧٧ — وتقضى نصوص الشريعة الاسلامية بأن الواقف متى حفظ لنفسه
الشروط العشره أو حفظها لغيره كان له بمقتضى هذا النص أن يتصرف فى الوقف
بما تقتضيه هذه الشروط ويكون تصرفه نافذاً وإن لم يكن ذلك على يد القاضى
الشرعى أو مأذونه ولكن المادة ١٣٧ من لأئحة الاجراءآت أمام المحاكم الشرعية
الصادرة فى سنة ٩١٠ نصت على منع سماع دعوى استبدال الوقف عند الإنكار
الأا اذ وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله وكان
مقيداً بدفترأحدى المحاكم الشرعية

وأخذوا بمضمون هذه المادة حكمت المحاكم الاهلية بالغاء الاستبدال الذى صدر
من بعض النظار وان كان مشروطاً لهم ذلك فى أصل الوقفية لأن الاستبدال لم
يصدر على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله — راجع نفس الكتاب ص ٤٨ وما بعدها
وابن عابدين جزء ثالث ص ٣٩٩ وما بعدها

٣٧٨ — يظهر مما تقدم فقرة ٣٦٢ أنه يجوز للقاضى بيع الوقف الحاصل من
راهن معسر أو من مدين بدين مستغرق لماله ومعنى ذلك انه للقاضى فى هذه الحالة
أن يبطل الوقف ويبيع العين — انظر ابن عابدين ص ٤٠٧ ج ٣

٣٧٩ — والظاهر أن هذا النص هو اساس الحكم الوارد فى المادة ٥٣ من القانون
المدنى التى نصت على بطلان الوقف الحاصل اضراراً بالدائن وهذا نصها :
لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضراراً بمداينيه وان وقف كان الوقف لاغياً

وعلى هذا يجوز نزع ملكيته وبيعه وفاء لسداد الديون

٣٨٠ — فتلك حالة من الأحوال الاستثنائية القاضية ببيع الوقف ولكن المحاكم
الاهلية تقضى ببيع الوقف فى أحوال أخرى عرضت فى العمل كييع الحصة الموقوفة
على عقار غير قابل للقسمة عيناً

٣٨١ — فقد حكم بأنه يجوز بيع وقف حصة مشاعة في عقار مشترك لعدم امكان قسمته للضرورة لانه لا يصح أن يكون الوقف سبباً لا جبار صاحب الحصة الغير الموقوفة على البقاء في حالة الشيوع وهي لم تكن من الحالات الطبيعية ولكل انسان حق طبيعي في أن يخرج منها ولا يجوز لأحد أن يحرم شريكه من حق الخروج من حالة الشيوع بمجرد ايقاف حصته . ولا شيء يمنع بيع الحصة الموقوفة في هذه الحالة لان الوقف يجوز بيعه في بعض الأحوال التي منها حالة الضرورة واستبداله بعقار آخر فلماذا يجوز البيع هنا للضرورة لما في عكس ذلك من الاجحاف بمحقوق الشريك وبالقاعدة الاصولية القاضية بأنه لا يصح لأحد أن يمنع بفعله أحداً من التصرف بحقوقه والمطالبة بها — استئناف محكمة اسكندرية ١٦ يناير سنة ٩٦. القضاء سنة ثالثة

٣٨٢ — وحكم بأن وقف احدى الحصص الشائعة لا يمنع من بيع الملك الشائع غير القابل للقسمة عيناً على يد المحكمة وعلى الخصوص اذا كان هذا الوقف لم يحصل الا بعد رفع دعوى طلب القسمة وبنية تعطيل سير الدعوى حيلة من الواقف في حالة بيع ملك على يد المحكمة غير قابل للقسمة عيناً . ويجب أن يودع في خزينة ديوان عموم الأوقاف جزء من الثمن يوازي قيمة الحصة الشائعة الموقوفة ليستعمل في شراء ملك بدلاً من تلك الحصة وهذا قياساً على الحالة المنصوص عليها في المادة ٢٧ من الأمر العالي الصادر في ١٧ فبراير سنة ١٨٩٦ بخصوص نزاع الملكية للمنفعة العمومية — الموسكى الجزئية ٢٠ نوفمبر سنة ٩٠١ — جلد ٢٦٠ والمجموعة الرسمية نمرة ٦٥

٣٨٣ — وحكم بأنه من المقرر أن أعيان الوقف لا يصح بيعها الا باذن من القاضى للمسوغات الشرعية — الاستقلال عددا ٥ و ٦ سنة ثالثة

٣٨٤ — واذا بيعت عين موقوفة ولم يحصل استردادها عيناً كان الواجب رده لدى الشأن هو الثمن المدفوع مضافاً اليه الفوائد القانونية من وقت المطالبة أمام القضاء وليس قيمة العقار بحسب حالته الحاضرة . ولا يسأل ورثة البائع عن رد المبلغ السابق بطريق التضامن وانما يسأل كل منهم بنسبة حصته في الميراث — مختلط ١٤ يولي

سنة ١٩٠٦ س ٨ ص ٣٢٤ وقرة ٤٥٥١ مجموعة ثانية

٣٨٥ — وبأنه اذا طلب دائن أحد المستحقين في وقف بطلان بيع وارد على أعيان موقوفة لا يجوز بيعها فان الدائن لا يستمد صفته في رفع هذه الدعوى من ناظر الوقف وانما يستمدّها من حقه الخاص ويرفعها بناءً على مصلحته الشخصية ما دام رفع الدعوى قاصراً على حصة مدينه في ريع الوقف — محتاط ٧ يونيه سنة ٩٠٠ س ١٢ ص ٣١٦ ققرة ٤٥٤٩ مجموعة ثانية — وانظر أيضاً الاحكام المختلطة الواردة بقرة ٤٨٤١ — ٤٨٤٥ مجموعة أولى و ٤٥٤٩ و ٤٥٥٠ مجموعة ثانية

٣٨٦ — الى هنا انتهينا من الكلام على حكم الوقف وبيان الأحوال التي يجوز فيها بيعه أو لا يجوز لما لذلك من الاهمية والمزية لمعرفة ما اذا كان البيع صحيحاً تترتب عليه أحكامه أو غير صحيح فلا يترتب عليه حكم ما بمعنى أن البائع لا يلزم بالتسليم والمشتري لا يلزم بدفع الثمن حتى ان دفعه كان له استرداده . ولكن الاحكام المتقدمة لا تتناول غير الاعيان الموقوفة ولهذا يخرج منها الأحوال الآتية

٣٨٧ — المباني المحتكرة في الأرض الموقوفة من الأشياء القابلة للتعامل اذ في بيع المباني المحتكرة
الاحتكار هو عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة للبناء والغراس أو لأحدهما وحكم البناء أو الغراس في الأرض المحتكرة أنه يكون ملكاً للمحتكر ويجوز بيعه — « مادة ٥٩٠ و ٥٩١ مرشد الحيران و ٣٣١ و ٣٣٣ من قانون العدل والانصاف وابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٣ »

٣٨٨ — كذلك مما يجوز التبايع فيه الكدك والكردار في بيع الكدك والكردار
فالكدك (وهي كلمة فارسية) يطلق على الأعيان المملوكة للمستأجر المتصلة بالحيات على وجه القرار كالبناء أو لا على وجه القرار كالآلات الصناعة المركبة به مثل الرفوف والدواليب وغيرها . وغالباً يكون في دكا كين الوقف ولأصحابه حق القرار واستبقائه بأجر المثل

٣٨٩ — والكدك في الحوانيت يسمى سكنى وفي الأرض الزراعية يسمى كرداراً
٣٩٠ — فالكردار أخص ويطلق على ما يحدثه المزارع من بناء أو غراس أو كبس بالتراب (ردم) بأذن الواقف أو الناظر في الأرض الموقوفة فبقى في يده

ويكون له فيها حق القرار ولا تخرج الأرض من يده ما دام يدفع أجر المثل

٣٩١ — وحكم الكدك أنه مال متقوم يباع ويوهب ويورث — مادة ٥٩٦ و ٥٩٧ مرشد الحيران و ٣٤٧ و ٣٤٨ من قانون العدل والانصاف وابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٣

٣٩٢ — ولما كان الكدك يشاهد غالباً في الأعيان الموقوفة حكمت المحكمة المختلطة بأنه اذا اعترف شخص بأن ليس له غير مجرد الكدك على عين فذلك يفيد اعترافه بأن العين موقوفة — مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠١ س ١٣ ص ٦٤ وفقرة ٤٥٤٣ مجموعة ثانية انظر تأثير بيع الكدك على حق الايجار فيها يأتي فقرة ٤٤٤ وما بعدها

في بيع خلو
الحوانيت

٣٩٣ — ومما يجوز بيعه الخلو في الحوانيت وهو ما يسعى عند العوام «بخلو الرجل» واخلو المتعارف في الحوانيت هو أن يجعل الواقف أو المتولى أو المالك على الحانوت قدراً معيناً من الدراهم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكاً شرعياً فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك اخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا اجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم — مادة ٥٩٨ مرشد الحيران

واخلو في الحانوت يضير حقاً للساكن ولو كان الحانوت وقفاً

٣٩٤ — وهو متعارف من قديم فقد ورد في كتب الفقه بأنه وقع في حوانيت الجمالون في الغورية أن السلطان الغوري لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدراً أخذ منه وكتب ذلك بمكتوب الوقف — ابن عابدين ص ١٦ ج ٤ ٣٩٥ — وفائدة الخلو أن الوقف قد يستعين بالمبالغ التي يأخذها من أصحاب الخلو على بناء الوقف وعمارته — ابن عابدين ص ١٧ ج ٤

٣٩٦ — ويستفاد من أقوال الفقهاء أن التنازل عنه للغير جائز وهذا ما يجب أن يكون قانوناً لأن الخلو حق وكل الحقوق جائز بيعها ما لم يرد نص خاص — « ابن عابدين ج ٤ ص ١٨ »

٣٩٧ — ويلاحظ أن الخلو خلاف أجره المثل التي هي من حق المستحقين في الوقف

٣٩٨ — أما المرصد فلا يجوز بحسب أحكام الشريعة الاسلامية بيعه ولا في بيع المرصد

بيع البناء الذى بناه صاحب المرصد للوقف وانما له مطالبة المتولى به ان لم يرد استقطاعه من أصل اجر المثل . ويجوز له ولورثته حبس العين المأجورة لحين استيفاء المرصد . واذا مات المتولى الذى أذن بالعمارة فلصاحب المرصد وورثته الرجوع على تركة المتولى بما يكون مستحقاً لهم من المرصد وتطالب ورثة المتولى المتوفى من خلفه فى نظارة الوقف لأجل أداء المرصد من غلة الوقف

٣٩٩ — والمرصد هو دين مستقر على وجهة الوقف للمستأجر الذى عمر من ماله عمارة ضرورية فى مستغل من مستغلات الوقف للوقف باذن ناظره عند عدم مال حاصل فى الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميده منها — ٥٩٩ و ٦٠٠ و ٦٠١ مرشد الحيران

٤٠٠ — ونرى أن المسألة من الوجهة القانونية تحتل وجهين فيمكن القول بأنه لا يجوز بيعه كما قررت الفقهاء عملاً بالمادة ٧ من القانون المدنى التى تقضى بأن تكون منفعة الأموال الموقوفة بشروط معلومة حسب المقرر باللائح فى شأن ذلك . وحينئذ لا يكون لصاحب المرصد غير استقطاع دينه من أجرة المثل وحبس العين لحين استيفاء حقه بالكيفية المقررة شرعاً خصوصاً وأنه يحمل قصده على قبوله ذلك حينما شرع فى تعмир الوقف كما يمكن القول من جهة أخرى بأن هذا دين والدين يجوز التنازل عنه للغير بالكيفية المقررة قانوناً انما يعترض على هذا رأى بأن تحويل الدين لا يكون إلا برضاء المدين واذا صح القول بأن الناظر ينوب عن الوقف فى الرضاء أجبب بأنه كيف يرضى الناظر بأمر غير مباح له شرعاً

المبحث الثانى — فى الأشياء الممنوع بيعها بمقتضى القانون

مع أنها فى الأصل مما يقبل التعامل به

٤٠١ — قدمنا أن تحريم البيع فى الشيء إما أن يكون لعدم قابليته للتعامل به واما لأن القانون منع بيعه بنص صريح وان كان مما يقبل التعامل به وكلامنا على

الصف الثاني فقد صدرت جملة قوانين خصوصية تمنع بيع بعض الاشياء بصفة مطلقة أو مقيدة بقيود لاعتبارات شتى كالمحافظة على النظام أو الامن العام والصحة أو الثروة العمومية وهكذا من مختلف البواعث التي تدعو الشارع لمنع البيع ونذكر من ذلك الأوامر واللوائح الآتية

٤٠٢ — فيما منع محافظة على الصحة العمومية بيع الجواهر السامة والاتجار بها وذلك بمقتضى اللائحة الصادرة في ١٥ سبتمبر سنة ١٩٠٤ ولكن هذا المنع ليس مطلقاً وعاماً فقد أباحت اللائحة البيع لاشخاص مخصوصين بقيود مخصوصة ولا يجوز البيع حتى بواسطة هؤلاء الاشخاص إلا لمن كان معروفاً منهم أو لمن يتحققون من شخصيته بشهادة أشخاص معروفين لديهم ولا يجوز البيع مطلقاً لأشخاص يظهر لهم أنهم دون سن البلوغ — مادة ٢١ من اللائحة

ومن يخالف أحكام هذه اللائحة يعاقب بالعقوبات المعينة للمخالفات — مادة ٢٨ من اللائحة

يؤخذ مما تقدم ان المنع مقصود به النظام العام وأن المبيع يعتبر من الأشياء التي لا تقبل التعامل بها اذا حصل البيع بغير واسطة المرخص لهم وعلى ذلك لا ينعقد ولا يترتب عليه حكم ما ولكل من المتعاقدين حق طلب البطلان لأن محل البيع شيء غير جائز قانوناً — بودرى المطول فقرة ١٠٥

٤٠٣ — وهذا هو حكم بيع الحشيش فقد قضى الأمر العالى الصادر في ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ المعدل بالأمرين العالين الصادرين في ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ و ٨ يولييه سنة ١٨٩٤ بمنع بيع الحشيش ومعاقبة مرتكب ذلك بغرامة (مادة أولى) فالحشيش لا يصلح اذن لأن يكون محلاً للتبايع

٤٠٤ — ومثله الدخان المغشوش فقد قضى الأمر العالى الصادر في ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ بمنع بيع وتداول الدخان المغشوش ومصادرة كل ما يصنع للبيع والاستهلاك واعدامه مع محاكمة الجرم وتغريمه وعلى ذلك لا يجوز التبايع فيه

الاتجار بالجواهر السامة

بيع الحشيش

بيع الدخان المغشوش

الحيوانات
المربوأة

٤٠٥ — قضت المادة الأولى من الأمر العالى الصادر فى أول فبراير سنة ١٨٨٣ المكمل بالأمر العالى الرقم ١٠ ابريل سنة ١٨٨٣ بعدم جواز الاتجار فى الحيوانات المنزلية المصابة بالامراض المعدية أو المشبوهة بها

٤٠٦ — وينت الفقرة الثانية من هذه المادة المقصود من الاشتباه فى المرض المعدى ونصت المادة السابعة على ما يأتى : يمنع فى زمن وباء الحيوانات الاتجار فى الماشية المريضة أو المشبوهة بالمرض وفى الاشياء الخلام التى تنتج منها كجلودها وعظامها وقرونها ورؤوس قرونها وحوافرها وشحومها الغير المذابة وشعورها وأصوافها ونحو ذلك (١)

وأما لحم الحيوانات المشبوهة بالأمراض الذى يتضح بعد ذبحها أنه سليم فيجوز أكله اذا صار اتخذ الاحتراسات التى بواسطتها لا يمكن أن يترتب على أكله انتشار المرض بأى وجه كان

٤٠٧ — وقد فرضت المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٠٣ عقاباً على : —

كل من باع حيواناً من الحيوانات التى من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) المصابة بمرض أو المشتبه فيها أو عرض ذلك الحيوان للبيع أو أمر يبيعه

وكل من باع أو عرض للبيع لحم الحيوانات التى من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) الناقصة بمرض أو شيئاً من متحصلاتها (مثل الجلد والشحم ونحوها) أو من متحصلات الحيوانات المشتبه فيها التى تكون ذبحت

كذلك تعاقب المادة الثالثة من الأمر العالى المشار اليه من يبيع أو يعرض بغير تصريح من الادارة الصحية لحم الحيوانات التى تكون ذبحت بغير أمر الادارة المذكورة

(١) يلاحظ أن المادة لم تحصر الأنواع الممنوع بيعها حيث أطلقت فى نهاية الفقرة الأولى الحكم على جميع الأشياء المماثلة للأنواع التى ذكرتها

وعلى ذلك يكون مسألة المنع فيما لم ينص عليه من مسائل التقدير الموكولة لفطنة القضاء

ومن يبيع أو يعرض للبيع في محل عمومي حيواناً أو أكثر من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) في جهة من الجهات التي تكون اقلت فيها أسواق المواشي

٤٠٨ — فلو حصل بيع حيوان مصاب أو مشتبه في إصابته كان البيع غير منعقد أى باطلاً بطلاناً أصلياً لأن الحيوانات المصابة أو المشتبه في إصابتها مما لا يجوز التبايع فيه والتجريم هنا مقصود به النظام العام

٤٠٩ — ومما منع جواز الاتجار به محافظة على الأمن العام الأسلحة والنخائر في بيع الأسلحة النارية والنخائر فقد قررت المادة ١٢ من القانون الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ بأنه يجب على كل بائع أسلحة نارية الحصول على رخصة مخصوصة من ناظر الداخلية الذي له أن يعطى هذه الرخصة أو يرفض إعطاءها ويقرر ناظر الداخلية الشروط التي تعطى هذه الرخصة بمقتضاها

وقضت المادة الأولى من لائحة البوليس الصادرة بمقتضى القانون نمرة ٢٧ في ٢٨ ابريل سنة ٩٠٥ بأنه لا يجوز الاتجار بالأسلحة والنخائر والادوات والمواد القابلة للانفجار المصرح بادخالها بمقتضى الاتفاقات التجارية إلا للأشخاص الذين يدهم رخصة من الحكومة وفي المخازن المعينة بالرخصة المذكورة

وهذه الرخصة شخصية وتصير لاغية متى صار التنازل عنها للغير

وجاء بالمادة الثانية بأنه يمكن للبوليس ضبط الأسلحة التي صار ادخالها ولو كانت مختومة أو مدموغة بمعرفة الحكومة المحلية متى وجدها معرضة للبيع في مخازن أو دكاكين خلاف المنوّه عنها بنصوص المادة السابقة

وعلى ذلك يكون البيع الصادر من أشخاص غير منطبقة عليهم هذه الشروط بيعاً باطلاً لوروده على مبيع لا يجوز الاتجار به . ولكن المنع نسبي أى قاصر على البائع فقط

٤١٠ — ويقضى القرار الصادر من نظارة الحرية في ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٢ بأنه لا يجوز لأى شخص ليس بيده رخصة خصوصية من نظارة الحرية أن يبيع باروداً مهما كان جنسه بيع البارود

وقد تنازلت الحكومة بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٠١ الى شركة الملح والصودا عن احتكار جلب وبيع البارود وملح البارود والبارود الخالي من الدخان . وينت المادة (٣) من عقد الالتزام الأشخاص المصرح لهم بالبيع وهم مخزنية الشون المصرح لهم بالبيع بلا رخصة شخصية والباة بالقطاعى الذين يجب عليهم الحصول على رخصة تطلب بواسطة الشركة

ونص البند ١٢ من العقد المشار اليه على عدم جواز البيع من الشركة لغير الأشخاص المرخص لهم الا اذا تصرح لها بذلك كتابة من نظارة الداخلية والمقصود بالمنع هنا احتكار الصنف . وهو منع نسبي أى قاصر على البائع فلا يتناول المشتري

وعلى هذا يجوز لكل انسان أن يشتري هذه الأشياء ولكنها تعتبر ممنوعة التجارة وغير قابلة للتعامل بها بالنسبة للبائعين متى كانوا من الأشخاص الغير المرخص لهم يبيعها وهذا المنع مقصود به النظام العام لذلك كان كل بيع بغير واسطة الحكومة أو الملتزمين بالبيع غير منعقد

وقد اعتبر هذا المنع من النظام العام لأنه يترتب على الاحتكار أو اعطاء الامتياز نمو ايرادات الحكومة فالاحتكار من الضرائب التى تعول عليها الحكومات فى دخلها وهكذا جميع الأشياء التى احتكرت الحكومة يبيعها يمنع بيعها على غير الملتزمين ويكون بيعها بين الأفراد باطلاً باعتباره وارداً على شىء غير جائز - بودرى فقرة ١٠٧ ودالوز فقرة ١٠٨ مادة ١٥٩٨

٤١١ - قضت المادة الأولى من قرار الداخلية الرقم ١٦ يونيه سنة ١٩١٢ ببيع المحار بمنع بيع المحار فى جميع أنحاء القطر المصرى من أول مايو الى أول سبتمبر من كل سنة وقد فرضت المادة الثانية عقوبة جنائية على المخالف (غرامة لا تزيد عن ١٠٠ غرش وحبس لا يتجاوز أسبوعاً أو احدى العقوبتين) فالبيع فى هذه الأثناء يرد على شىء غير جائز التعامل به . فلا ينعقد ولا يترتب على عدم انعقاده تعويض ما .

٤١٢ - وقد منع القانون نمره ٩ لسنة ١٩١٢ بيع الطيور الميئة في الملحق المرفق به (كالقنبر وأبي فصاده وأبي قردان وغيرها) أو تعريضها للبيع أو شراءها حية كانت أو ميتة وعاقب المخالف بعقوبة المخالفات وذلك بقصد وقاية الطيور النافعة للزراعة . فهذه الطيور لا تصح أن تكون محلاً للبيع أثناء المدة الممنوعة فيها البيع وعلى ذلك تكون مما لا يقبل التعامل به

٤١٣ - صدر قانون نمره ١٤ لسنة ١٩١٢ بين الأحكام والقواعد التي يجب مراعاتها فيما يجوز الاتجار به من الأشياء الأثرية كما بين ما لا يجوز الاتجار به منها وقد اعتبر هذا القانون الآثار من أملاك الحكومة العامة ما عدا ما استثنى بموجب أحكامه وفرض عقاباً على من يبيعها أو يعرضها للبيع بغير الشروط الميئة فيه

٤١٤ - قضى الأمر العالى الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ بعدم جواز الاتجار بالرقيق وبيعه أو شرائه أو المقايضة عليه وقضى بعقوبة جنائية على من يرتكب ذلك فالنص صريح فى أنه من الأشياء التي لا تقبل التعامل بها

٤١٥ - تقضى المادة ٢٢٩ من قانون العقوبات بمعاقبة كل من باع أو عرض للبيع أشربة أو جواهر أو أصناف ما كولات أو أدوية مع علمه أنها مغشوشة بواسطة خلطها بشيء مضر بالصحة ولو كان المشتري عالماً . فحينئذ لا ينقذ البيع لأن محله شيء غير جائز قانوناً

٤١٦ - وتعاقب المادة ٣٠٨ كل من وضع للبيع شيئاً من النمره المعروفة باللوترى بدون اذن الحكومة وتضبط أيضاً لجانب الحكومة جميع الأمتعة والنقود الموضوعة فى النمره فكل بيع وارد على شيء من هذا القيل بغير اذن الحكومة يكون بيعاً باطلاً أصلاً ولا تترتب عليه حقوق ولا واجبات لأن المبيع مما لا يقبل التعامل به

٤١٧ - ويعتبر كذلك من غير الجائز التبايع فيه البضائع الممنوع ادخالها للقطر بمقتضى قوانين الجمارك وكل اتفاق من بيع أو غيره خاص بها يكون باطلاً أصلاً لتعلق ذلك بالنظام العام

وينبني على هذا البطلان عدم الزام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به ان لم يكن نفعه وان كان نفعه فلا يقبل من المشتري أن يطلب استرداد الثمن ولا من البائع المطالبة بدفعه . أما اذا ثبت أن البائع سليم النية لا يعرف مصدر البضائع المباعة بمعرفته فيجوز له طلب الثمن — تعليقات دالوز فقرة ١٥١ — ١٥٦ مادة ١١٣٣

كما أن للمشتري الحسن النية أن يرد الشيء المبيع ويسترد الثمن الذي دفعه — « فقرة ١٥٨ من نفس الكتاب »

٤١٨ — أحياناً لا يباح الاتجار ببعض الأشياء أو المحلات إلا بناءً على رخصة من الحكومة فهل يبيع شيء من ذلك (كبيع محل لا يجوز تشغيله إلا برخصة مثلاً) يكون غير جائز باعتباره مما لا يقبل التعامل به لأنه يشترط أن يحصل المشتري على رخصة خاصة به وعلى ذلك يكون باطلاً بطلاناً أصلياً اذا رفض اعطاء الرخصة للمشتري ؟ والجواب ان البيع صحيح . فان اشتراط أخذ رخصة لتشغيل محل لا يجعل هذا المحل ممنوع التجارة وغير قابل للتعامل به وانما يجعل البيع معلقاً على شرط الحصول على الرخصة

فاذا لم يتم الشرط وهو الحصول على الرخصة اعتبر البيع كأن لم يكن وسرت عليه أحكام البيع تحت شرط

واذا سعى أحد المتعاقدين في منع الرخصة فلم تعط بفعله كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بتعويض الضرر المتسبب له عن فعله — بودرى المطول فقرة ١٠٧ ص ٩٠

المبحث الثالث — في بيع الحقوق الذاتية

٤١٦ — من الأشياء ما لا يقبل التعامل به لأنه يعتبر من الحقوق الذاتية للانسان فلا يجوز لغيره استعمالها كما لا يصح لصاحبها التنازل عنها . فمن ذلك ما يأتي :

٤٢٠ — تعتبر الرتب والنياشين من الأشياء الغير الجائز التبايع فيها ولو أن ذلك لم يكن منصوباً عليه قانوناً لأنها مميزات شخصية ليس لمن منحت له أن يتنازل عنها للغير ولا أن يسمح للغير باستعمالها وتعاقب المادة ١٣٧ عقوبات بالحبس مدة لا تزيد

في بيع شيء
مشتري فيه
الحصول على
رخصة

في بيع الرتب
والنياشين

عن سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً كل من لبس علانية كسوة رسمية خاصة برتبة أعلى من رتبته أو لبس مطلق كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً لرتبة أو تقلد نيشاناً من غير أن يكون حائزاً له

٤٢١ - وقد حكم بأن إعطاء الرتب والنياشين مسألة مرتبطة بالنظام العمومي فلا يجوز بيعها ولا شراؤها وكل مبلغ دفع للحصول عليها يعد رشوة إذا كان دفع لموظف . وأما إذا دفع لغير موظف فدفعه محرم قانوناً لمخالفته النظام العمومي كذلك التعهد بدفع مال مقابل السعي في الحصول على رتبة أو نيشان يعد باطلاً لمخالفته النظام - « استئناف أهلى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ وبلاد مادة ٩٤ »

٤٢٢ - أما المداليات والجوائز التي تعطى في المعارض أو المسابقات فتعتبر موجهة للمحلات والبيوت التجارية التي استحققتها على ما عرضت من صناعة أو عمل جليل وغير متعلقة بشخص صاحبها. وعلى هذا إذا باع صاحب البيت التجارى محل تجارته جاز له التنازل عن استعمال هذه المداليات وكان للمتنازل اليه أن ينتفع بها في اعلاناته التجارية أما النياشين والرتب المقصود بها شخص التاجر فهي ذاتية ومثل التاجر فيها مثل أى انسان آخر على ان نفس المكافآت والجوائز التجارية لا يجوز التنازل عنها الا لنفس مشترى المحل التجارى فلا يجوز بيع محل التجارة لشخص وبيع المداليات والجوائز لشخص آخر - راجع بودرى المطول ققرة ١٠٨

بيع المداليات
والجوائز

٤٢٣ - ومما لا يجوز التبايع فيه الحقوق المتعلقة بذات أمير البلاد كحق تعيين الموظفين وتوجيه الرتب ومنح النياشين واقامة العدل فله وحده ولمن أنابهم عنه حق التصرف فيها

التبايع بالحقوق
المتعلقة بذات
الامير

ولكن لا يجوز للأفراد أن يتبايعوها فيما بينهم وكل اتفاق بين الأفراد بشأن الحصول على شيء من ذلك يكون باطلاً - قارن في ذلك تعليقات دالوز ١٩ و ٢٠ مادة ١١٢٨ فرنساوى

٤٢٤ - تعتبر النفقة من الحقوق الذاتية التي لا يجوز للمنفق عليه التنازل عنها

التنازل عن
النفقات

لأنها إنما فرضت ليققات منها وليسد بها رفقه فلا يجوز له حينئذ أن يتنازل عنها لأجنبي خوف أن ينفد ما أخذه من مقابل لهذا التنازل فيصبح أشد عوزاً وأكثر احتياجاً للمطالبة بنفقة جديدة بينما يكون من يجب عليه النفقة يدفعها إلى آخر لا يجب عليه نفقته وهو الأجنبي

أما إذا حصل التنازل عن النفقة للبائع مقابل ما يورده من الغذاء أو الملابس فالتنازل صحيح لأن النفقة إنما أعدت لذلك — بودرى المطول فقرة ١١٤

٤٢٥ — ولهذه الاعتبارات قضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ بمنع التنازل وتوقيع الحجز على المبالغ التى يستحق دفعها من طرف الحكومة أو مصالحها بصفة معاش أو ماهية للموظف أو المستخدم ملكياً كان أو عسكرياً أو بصفة مرتبات اضافية الا لسداد ما يكون مطلوباً للحكومة من الموظف أو المستخدم بسبب ما يتعلق باداء وظيفته أو لوفاء نفقة محكوم بها من جهة الاختصاص وفى كلتا الحالتين لا يتجاوز مقدار ما يحجز ربع معاش أو ماهية الموظف أو المستخدم ملكياً كان أو عسكرياً أو ربع المرتبات الاضافية — مادة أولى

ويشمل الحكم السابق المعاشات التى تصرف للأرامل والأيتام أو غيرهم من المستحقين وكذلك المكافآت التى تعطى فى حالة الرفق أو التى تقوم مقام المعاش — « مادة ثانية »

٤٢٦ — ويؤخذ من نص هاتين المادتين أن بيع الحق فى المعاش أو الماهية غير جائز ولكن المراد بهذا المنع هى المصلحة الخاصة

٤٢٧ — والأحكام السابقة يراد بها النفقة المقررة شرعاً أو قانوناً . فإذا كانت النفقة مقررة برضاء شخص لاخر لم يجب عليه نفقته شرعاً فالتنازل عنها جائز سواء كان تقريرها بمقابل أو بغير مقابل لأنها تدخل تحت الحكم العام ولا موجب لإخراجها منه حيث لا نص على التحريم بل بالعكس نص القانون (مادة ٤٣٦ مرافعات أهلى) على عدم جواز وضع الحجز على النفقات ولم ينص على عدم التنازل عنها ومن المقرر

أن عدم الحجز لا يترتب عليه عدم التنازل وإن كان العكس صحيحاً أى إن عدم التنازل يستوجب عدم الحجز وذلك لأن الشارع بحمايته شخصاً من نتائج الحجز وهو البيع الجبرى لم يرد أن يحرمه من التصرفات التى له الحق فى اجرائها باختياره فى ماله وعلى هذا يجوز التنازل عن كل نفقة أخرى غير النفقات التى تحكم بها جهات الاختصاص سواء كان نفس الحق أو المرتب الشهرى

٤٢٨ — ومن البديهي أن الاستحقاق فى الوقف هو من الحقوق العادية وليس من قبيل النفقة ولا غيرها مما لا يجوز الحجز عليه إلا بمقادير معينة — محكمة مصر الأهلية ٧ يوليو سنة ١٠٣٠ الاستقلال ٢ ص ٢٨٩ وبلاد مادة ٤٣٦ مرافعات وعلى ذلك فيجوز التنازل عنه للغير

٤٢٩ — وحكم بأنه يجوز للمستحق أن يتصرف فى حصته من ريع الوقف بكامل التصرفات وأن يحولها للغير بدون أخذ رضا الناظر^(١) وذلك لأن المستحق ليس بدائن للوقف وإنما له حق شخصى وخاص به فى النصيب الذى يستحقه فى الريع وناظر الوقف ليس إلا وكيلًا يحافظ على مصلحة المستحقين ويحفظ الغلة فى يده لحسابهم — مختلط ٩ يونيه سنة ١٠٤٠ سنة ١٦ ص ٣٢٠ وفتوة ٤٥٥٦ مجموعة ثانية

٤٣٠ — تقضى المادة التاسعة من القرار الصادر من نظارة الأشغال العمومية فى

٩ ديسمبر سنة ١٠٠٩ بأنه لا يجوز بيع تذاكر الاياب أو تذاكر المواسم أو تذاكر الاشتراك وغير ذلك من الأوراق المحولة حاملها حقاً شخصياً بالسفر أو التصرف بتلك

بيع تذاكر
الاياب وتذاكر
الاشتراك فى
السكة الحديد

التذاكر والأوراق بأى وجه من الوجوه أو عرضها للبيع

ولا يجوز لأحد أن يسافر أو يقبل على السفر بتذكرة أو اذن يعطى لشخص آخر خاصاً به دون غيره

٤٣١ — فحرم بيع هذه الاشياء لأنها تعتبر من الحقوق الذاتية المتعلقة بشخص مالكها . ولكن المنع مقصود به هنا النظام العام لأن اللائحة فرضت عقوبة على من يخالف أحكامها وعلى ذلك فالمبيع يعتبر مما لا يقبل التعامل به اذ هو شئ غير جائز قانوناً

(١) يلاحظ ان ذلك بحسب القانون المختلط

٤٣٢ — والمنع يشمل التنازل بمقابل كالبيع أو بغير مقابل كال تبرع فقد نهت

المادة عن التصرف بأي وجه من الوجوه — قارن في ذلك أيضا بلانيول فقرة ١٣٧٢ ج ٢

٤٣٣ — تعتبر كذلك من الحقوق الذاتية تذاكر التيارات المحفظة القيمة فانها
معدودة من الاشياء المتعلقة بذات الشخص الممنوحة له بحيث لا يجوز لغيره أن يستعملها
وينتفع بها وحينئذ يكون بيعها باطلاً. وانما يشترط ان يكون النهى عن بيعها مبنياً على
نفس التذكرة ليتضح قصد مانحها ويكون ذلك عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين من
الواجب على حامل التذكرة اتباعه لأن الاتفاق قانون المتعاقدين — بوردى المطول
فقرة ١١٣

٤٣٤ — لا يجوز للمتزم بعض الأعمال العمومية أن يتنازل عنها للغير بغير رضا
المصلحة المختصة فانه ينظر في عقود الالتزامات التي من هذا القبيل للأهلية الذاتية
والثقة الشخصية — تعليقات دالوز فقرة ١٣٣ مادة ١٥٩٨

٤٣٥ — على أن الامتياز في الاعمال الحرة كالامتياز الذي تمنحه جريدة لشخص
بأن تنشر له دون غيره بعض اعلانات بصحيفة معينة منها (في القضية المنظورة
الصحيفة الرابعة) لا يعد حقاً متعلقاً بذات الانسان وعليه يجوز التنازل عن هذا
الامتياز للغير . وليس للجريدة أن تمتنع عن نشر الاعلانات التي يقدمها لها المتنازل
اليه خصوصاً اذا لم ينص في الشروط المعقودة بين الجريدة وصاحب الامتياز على عدم
جواز التنازل عنه — ليون ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ فقرة ١٣٤ تعليقات دالوز مادة ١٥٩٨
وبالاندك فقرة ٦٦٢ بيع ج ٥٩

المبحث الرابع — في منع البيع بمقتضى اتفاق خاص بين المتعاقدين

٤٣٦ — يشاهد أحياناً أن المتعاقدين يتفقان على عدم التصرف في شيء
وبالأخص على عدم بيع المبيع وبذلك يُجرم المشتري من التصرف في ملكه الذي
اشتراه فهل هذا الاتفاق صحيح وجائز قانوناً ؟

والجواب ان ذلك غير جائز لأن نظام الملكية والحقوق المترتبة عليها من المسائل

المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها عملاً بنص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وذلك لأنه من طبيعة الملك أن يكون للمالك حق التصرف المطلق فيه بحسب إرادته (مادة ١١ مدني) فيبيعه المالك متى شاء ويجرى فيه ما يشاء من سائر التصرفات

٤٣٧ — فشرط عدم جواز بيع المبيع شرط باطل لمخالفته للنظام العام
٤٣٨ — وتطبيقاً لذلك حكم بأن قاعدة حرية التصرف في الأموال بمعرفة مالكيها هي قاعدة متعلقة بالنظام العام وعلى ذلك لا يجوز مخالفتها فيما هو خارج عن الحدود المباحة قانوناً — محكمة النقض بفرنسا ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ تعليقاً على مادة ٦ من مجموعة قوانين دالوز الصغيرة

٤٣٩ — وقد حكم بأن النص في عقد على منع المدين من التصرف في أملاكه لا قيمة له قانوناً بحسب القوانين المصرية ولو كان العقد مسجلاً . وعلى كل حال فالنهي عن البيع لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على العقار والتمسك به «مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٠٣ سنة ١٥ ص ٢٩٢ وفترة ٤٣٢٩ مجموعة ثانية»

٤٤٠ — اما اذا جعل النهي عن البيع بصفة شرط جزائي لضمان أداء الثمن كان هذا الشرط جائزاً ومنطبقاً على نص المادة ٩٨ أهلي (١٥٢ مختلط)

فقد حكم بأنه اذا ذكر في عقد بيع «أنه طالما أن المشتري لم يدفع الثمن بأكمله فليس له أن يتنازل عن البيع أو يهبه أو يرهنه كله أو بعضه ولا أن يربط عليه أي حق عيني بغير إذن كتابي من البائع والأستحق دفع المبلغ الباقي من الثمن» فان اشتراط حلول الأجل في دفع الثمن عبارة عن جزاء حقيقي منصوص عليه في العقد ولا يجوز للقاضي أن يعنى المشتري منه — مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ ص ٩ ص ٣٢٦ وفترة ٤٦٩٢ مجموعة أولى

٤٤١ — وشرط عدم البيع باطل أيضاً بحسب أحكام الشريعة الإسلامية فقد ورد في فتح القدير^(١) أن البيع بشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة يكون البيع فيه

(١) فتح القدير ص ٢١٦ ج ٥

صحيحاً والشرط باطلاً لأنه لا يقتضيه العقد اذ العقد يقتضى الاطلاق والتخير في التصرف كما أن المشتري يتضرر من هذا الشرط حيث يتعذر عليه التصرف في ملكه أما اذا قصد بالنهي ضمان اداء الثمن فالظاهر أنه جائز لأن كل شرط يلائم العقد كالشرط الذي يتضمن التوثق بالثمن جائز اذ الثمن من موجبات العقد والشرط مؤكد للموجب فهو شرط صحيح وقد قالوا أيضاً بأنه اذا اشترط على المشتري أن يقدم رهناً ثم امتنع بعد ذلك عن تسليم الرهن فلا يجبر على التسليم وإنما يؤثر بدفع الثمن وهذا يشبه الحالة التي حكمت فيها المحكمة المختلطة — انظر فقرة ٤٤٠ السابقة

٤٤٢ — الأصل أن المستأجر ما لم يوجد شرط مخالف لذلك أن يسقط حقه في منع اسقاط حق الايجار (أى يحوله) لأن جميع الحقوق مما يجوز التبايع فيها — ٣٦٦ أهلى و ٤٤٩ مختلط والاستئناف المختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سنة ٨ ص ٣٠ .

ولكن المنع من التأجير يقتضى المنع من الاسقاط (مادة ٣٦٧ أهلى و ٤٥٠ مختلط) فاذا اتفق المتعاقدان على أن المستأجر لا يؤجر من باطنه كان ذلك نهياً له أيضاً عن اسقاط حقه في الايجار للغير

٤٤٣ — والمقصود بالاسقاط هو تنازل المستأجر عن حقه في الاجارة بما لها من الحقوق وما عليها من الالتزامات وهو عبارة عن حوالة بالدين ونجى فيه أحكامها « جرائمولان فقرة ٤٠٣ . »

ولذلك فالمشتري يحل محل المستأجر فيما له وما عليه ولا يعتبر ذلك اجارة جديدة « بودان فقرة ٥٣٢ ص ٣٧٤ كتاب البيع والاجارة »

٤٤٤ — على أن القانون قد استثنى من ذلك حالة بيع الجذك^(١) استثناء بيع الجذك

فاذا كان في المكان المؤجر جذك جعله صاحبه معداً للتجارة أو الصناعة ودعت ضرورة الأحوال لبيعه جاز للمحكمة ابقاء الأيجار للمشتري بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى — مادة ٢٦٧ مدنى أهلى .

وصورته أن يكون لزيد دكان فأجره لخالد ومنعه من التأجير من باطنه . أقام خالد

(١) انظر تعريف الجذك في فقرة ٣٨٨ السابقة

في الدكان جدكاً معداً للصناعة كآلة نسيج أو عصير ثم اضطر لبيعه بما له من الحق في التصرف فيه فباعه الى بكر واسقط له كذلك حقه في الايجار حتى يتيسر له الانتفاع بالجدك ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة ابقاء الاجارة لمشتري الجدك (بكر) بعد توفر الشروط المنصوص عليها في القانون (١)

٤٤٥ — والظاهر أن السبب في ادخال هذا النص هو رغبة الشارع في أن لا يكون المنع مطلقاً كما هي الحال في القانون الفرنسي اذ الفقرة الثالثة من مادة ١٧١٧ منه تقضى بأن شرط منع التأجير أو الاسقاط هو شرط محتم أي يجب نفاذه بغير مراعاة لما اذا كان ينشأ أولاً ينشأ عنه فائدة للمتعاقدین خصوصاً وان بعض الشراخ يرى تحويل المحاكم حق الحكم بصحة التحويل أو الأجارة من الباطن اذا لم يكن للمؤجر وجه في التمسك بشرط منع التأجير أو الاسقاط . أما أحكام المحاكم في فرنسا فهي على خلاف ذلك — انظر بودان ص ٣٧٧ كتاب البيع والاجارة

٤٤٦ — فدفعاً للخلاف عن القانون بالنص على هذه الحالة مراعاة للعرف الجاري بمصر ودفعاً للضرر فان الجدك يكون غالباً في الحوانيت الموقوفة وقد تدعو الحال لبيعه خصوصاً اذا كان الورثة لا يتعاطون صناعة ايهم وقد لا يرضى المشتري أن يشتري بغير حلوله محل المستأجر الاصلی في الايجار لصقع المكان وملاءمته لهذا أجاز القانون بيع الجدك وخول للقاضي حق النظر في ابقاء الأيجار أو فسخه

٤٤٧ — ويلاحظ أن مالك المحل المؤجر في هذه الحالة غير مالك الجدك فاذا كان مالکهما واحداً فالبيع يكون عبارة عن بيع محل تجارة . مثال ذلك بيع قهوة فان البيع يشمل الادوات والدواليب المستعملة بها كما يشمل بيع اسم المحل وترك الزبائن وهكذا

(١) انظر صورة أخرى لهذه المسألة في شرح القانون المدني لفتحى باشا زغلول ص ٢٧٩

الفرع الثالث — في شرط تقوم المبيع

٤٤٨ — من شروط انعقاد البيع أن يكون المبيع متقوماً — وذلك هو الشرط ^{عدم انعقاد البيع فيما لا قيمة له}
 الثالث من شروط المبيع التي بينها في ققرة ٢٦٧ — فعدم التقوم مانع من انعقاد البيع
 ٤٤٩ — ولقد نصت المادة ٢٥٩ أهلى (٣٢٦ مختلط) على ذلك فقالت ان
 البيع لا ينقد فيما لا قيمة له يمكن تقديرها . وحيث كان الظاهر أن هذا النص مأخوذ
 من الشريعة الإسلامية فلننظر فيما يريد الفقهاء بالتقوم

٤٥٠ — فالتقوم في اصطلاح الفقهاء يستعمل في معنيين :

معنى التقوم
والمراد به

الأول — بمعنى ما يباح الانتفاع به شرعاً ولذلك يسمى التقوم الشرعى مثال
 ذلك الخمر والخنزير فهى فى ذاتها مال ولكنها محرمة شرعاً فتعتبر غير متقومة عند
 الشرعيين ولا تصلح حينئذ أن تكون محلاً للبيع وان كانت متقومة عند غيرهم وهذا
 المعنى ليس هو المراد قانوناً لأن هذا البحث يدخل فى مبحث ما يجوز بيعه وما لا يجوز
 بحسب القانون وقد أسهبنا الكلام عليه فى الفرع السابق

الثانى — أن يكون التقوم بمعنى المال المحرز ويسمى التقوم العرفى فغير المحرز كالصيد
 والحشيش ليس بمتقوم ولا بد أن يكون هذا هو المراد هنا قانوناً فالسمك فى البحر
 والطير فى الهواء مما لا يمكنه تقدير قيمته بغير احرازه فاذا اصطيد واحرز صار متقوماً
 لأنه يمكنه حينئذ تقدير قيمته — انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨ والمجلة مادة ١٢٧
 ٤٥١ — يفهم أيضاً من عبارة القانون « ما لا قيمة له يمكن تقديرها » ان الاشياء
 الحقيرة التافهة كحبة الحنطة والتراب القليل ما دام فى محله ^(١) لا تصلح أن تكون
 محلاً للبيع

٤٥٢ — يستخلص مما تقدم أن الاشياء الغير المحرزة والحقيرة التافهة لا تصلح

(١) نقل هذا المثل عن ابن عابدين ص ١٠٥ ج ٤ حيث ذكره المصنف مثلاً لما ليس بمال
 شرعاً وقيدوه بالتراب القليل الباقي فى محله لأنه قد يعرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً
 ومثله الماء

أن تكون محلاً للبيع لأنها مما لا قيمة له يمكن تقديرها وحينئذٍ يفقد البيع أحد أركانه ومتى فقد ركنه فلا ينعقد

٤٥٣ — ولقد ظن الاستاذ «دوهلس» أن الغرض من هذا النص هو تقدير القيمة تقدراً لا مكان تقدير الثمن الذي يجب أن يكون مبلغاً من النقود اذ لا بيع بلا ثمن^(١) ولكننا نقول بأن هذه نتيجة من النتائج المترتبة على تقوم المبيع لا أنها المقصود بالنص لأن قصد الشارع هنا هو بيان الأحوال التي ينعقد فيها البيع أو لا ينعقد بالنسبة للمبيع والأخذ بالتأويل المشار اليه يكون من جهة أخرى مخرجاً للمقايضة حيث يعطى أحد المتعاقدين للآخر شيئاً بدل ما أخذ منه (مادة ٣٥٦ أهلى) ولا نزاع في أن حكم المادة ٢٥٩ القاضية باشتراط التقوم سارية على المقايضة (مادة ٣٦٠)

أما ما استخلصناه من أقوال الفقهاء فنطبق على المقايضة كما هو منطبق على البيع اذ لا تجوز المقايضة بشيء غير محرز كسمك في بحر في مقابل شيء محرز كأردب قمح

٤٥٤ — وليس المراد بالقيمة هنا القيمة المادية فقط بل القيمة المعنوية أيضاً في القيمة المعنوية فالأشياء التي يكتنيها الانسان لمزايا تاريخية أو أثرية أو غيرها كمسكاتب مشاهير الرجال التي بخط أيديهم وأسلحة الأبطال ومتاعهم وغير ذلك مما تعظم قيمته المعنوية وان كانت قيمته المادية حقيرة تصلح أن تكون محلاً للبيع بل وأحياناً تباع بقيم باهظة — «مستفاد من دوهلس فقرة ٧٢ ج ٤ ص ٤٥١»

الفرع الرابع — في شرط القدرة على تسليم المبيع

٤٥٥ — نصت المادة ٢٥٩ مدنى أهلى (٣٢٦ مختلط) على أن البيع لا ينعقد فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه — وقد أخذ كذلك هذا النص عن الشريعة فانها تشترط في البيع أن يكون مقدور التسليم — راجع مادة ٢٨٨ مرشد الخيران ١٩٨ مجلة فيطل بيع ما لا قدرة على تسليمه كبيع سفينة غرقت ولا يمكن اخراجها من البحر

عدم انعقاد البيع فيما لا يمكن تسليمه

أو حيوان شارد لا يمكن مسكه وتسليمه . أو طير في الهواء إذا كان يطير ولا يرجع . وكذلك السمك قبل الصيد . فان كان الطير يطير ويرجع في وكوه عند البائع جاز بيعه لأنه باع ما يملكه ويمكن أخذه وتسليمه وهكذا الحكم في باقي المسائل — راجع زيلعي ص ٤٥ ج ٤ والمجلة مادة ٢٠٩

والماء والهواء قبل الاحراز مما لا يقبل التسليم بحسب طبعه
٤٥٦ — أما الحقوق المعنوية فكل الحقوق المادية قابلة للتسليم وقد بين القانون طريقة تسليمها في مادة ٢٧٣ أهلى (٣٤٤ مختلط) فلتراجع

الفرع الخامس — فى شرط تعيين المبيع

٤٥٧ — يجب لانعقاد البيع أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين فمثل البيع مثل سائر التعهدات تسرى عليه أحكام المادة ٩٥ من القانون المدنى (١٤٩ مختلط)
التي تشترط فى التعهدات القاضية باعطاء شىء لزوم تعيين الشىء المعقود عليه ولو بنوعه وأن يكون من الممكن بيان صنفه بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال^(١) وعلى ذلك إذا لم يكن المبيع معيناً ولا قابلاً للتعيين فالبيع لا ينعقد

وهذا هو الشرط الخامس من شروط المبيع التي بينها فى فقرة ٢٦٧ السابقة
٤٥٨ — وحكمة ذلك أن التعيين يبين ما للمتعاقدين من الفائدة فى التعاقد ويدل على أن الارتباط القانونى واقع على شىء جدى صالح لأن يتعلق به رضا صحيح كما ان التعيين ناف للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع

وبيان ذلك أن الارتباط القانونى إذا كان ذا مرونة تسمح للبائع أن يبرأ بأدائه بشىء حقير تافه لا غرم فيه عليه ولا غنم منه للمشتري كان فى حكم العدم ومتى عدم الارتباط القانونى عدم التعهد . والرضا لا يمكن أن يتعلق بمجهول ولكنه يتعلق بشىء.

(١) هذه عبارة النص الفرنساوى للمادة أما عبارة النص العربى فهى : وان يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال وفضلنا عبارة النص الفرنساوى لأنها أظهر فى الدلالة على مراد الشارع اذ يكفى كما سترى أن يكون الشىء قابلاً للتعيين بحسب الظروف والأحوال

معين يجب على البائع تسليمه بحسب تعيينه فتنفى بذلك الجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع بين المتعاقدين

مثال ذلك بيع حيوان أو نبات فالشئ المعقود عليه وهو الحيوان مثلاً يشغل أنواعاً متنوعة من الحيوانات ويدخل في مضمونه ما عظمت قيمته منها وما حقرت كما يشمل النافع والضار وهكذا مما لا حصر له وعلى ذلك يجوز للبائع أن يبرأ بتسليم المشتري حشرة من الحشرات

كذلك بيع قمح أو عسل بغير بيان كميته فالبيع وإن كان معيناً بنوعه ولكنه يتناول مقادير لا حصر لها فيجوز للبائع أن يبرأ بتسليمه حبة من القمح أو نقطة من العسل أى شيئاً حقيراً لا كلفة عليه فيه ولا فائدة منه للمشتري . ففي هذه الأحوال يكون البيع مرسلاً أى مطلقاً من غير قيد . وحينئذٍ يعتبر أن لا بيع خصوصاً وأن الرضاء لا يمكن أن يتعلق بالبيع لأنه غير معين كما أن جهالته مفضية الى النزاع بين المتعاقدين فالبايع يريد الوفاء بأدنى قيمة والمشتري يطلب أكبر قيمة

فتفادياً من كل ذلك شرط القانون تعيين المبيع — مستفاد من بودرى الوجيز فقرة ٨٤٣ ج ٢ وبلانول فقرة ١٠٠١ ج ٢ وتعليقات دالوز فقرة ١ مادة ١١٢٩ وابن عابدين ج ٤ ص ٢١ و ٢٢

٤٥٩ — ولكنه ليس من اللازم أن يكون التعيين مخصصاً لذات الشئ أى وارداً على شئ معين بالذات كيبيع المنزل الكائن بشارع كذا نمرة كذا المحدد بحدود كذا . أو بيع الحصان الذى سنه وصفته واسمه كذا . وهكذا اذ التعيين بالنوع كاف كما صرح بذلك القانون

التعيين بالنوع
كاف

٤٦٠ — ولكن لما كان الغرض تضيق دائرة الارتباط القانونى بما لا يترك للبائع فرجة غير محددة تسمح له بالوفاء بأدنى قيمة وتحديد به بما ينفي الجهالة الفاحشة قصرت المادة ٢٦١ أهلى (٣٢٨ مختلط) التعيين بالنوع على الاشياء التى يقوم أحدها مقام الآخر وبعبارة أخرى الأشياء المثلية^(١) كالخبز والقمح والبيض وغيره

(١) المثل ما يوجد له مثل فى المتجر ولا تتفاوت آجاده تفاوتاً يمتد به (مادة ٣٠٥ مرشد الحيران)

فخرج بذلك الاشياء التي لا يقوم أحدها مقام الآخر أى الاشياء القيمة كالخيل والأراضي والمنازل وغيرها فان آحادها تتفاوت فى القيمة تفاوتاً يعتد به فمن الخيل الجواد المعد للسباق والحصان المعد لجر الأثقال . ومنها صغير السن وكبيره . ومنها الهزيل والسمين . ومن المنازل القصر الفخم والبيت الحقير وهكذا

٤٦١ — وقد اقتضت المادة أيضاً تعريف قدر المبيع المبين نوعه بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً . وذلك دفعاً لما قدمنا من احتمال براءة البائع بتقديمه شيئاً حقيراً . فاذا بيع فحم وجب بيان قدره وزناً . واذا بيع قمح وجب بيان قدره كيلاً مثلاً . وهكذا حتى لا يتأتى ان يبرأ البائع بتقديمه قطعة فحم أو حبة قمح

٤٦٢ — يستخلص مما تقدم أنه يجب لانعقاد البيع تعيين المبيع

١ — وان التعيين بالذات ليس ضرورياً

ب — وأن التعيين بالنوع كافٍ ولكنه لا يكون إلا فى المثليات بشرط تعريف المبيع بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً فيما بعد أو يقاس أو يوزن أو يكال

٤٦٣ — فاذا كان المبيع غير معين كان البيع باطلاً بطلاناً أصلياً

ويعتبر المبيع غير معين :

١ — اذا عين بجنسه فقط كحيوان أو نبات بغير بيان نوعه

ب — أو بنوعه فقط ولكن فى شيء قيمى كحصان أو منزل

ج — أو بنوعه فقط فى عددى أو كلى أو موزون أو مقيس بغير بيان قدره وكميته كقمح أو فحم أو عسل.

قابلية المبيع
للتعيين

٤٦٤ — على أن تقدير الشيء بحسب صنفه أو قدره تقديراً تاماً ليس بلازم

فيكفى أن يكون الصنف ممكناً بيانه بكيفية تمنع الاشتباه بحسب الأحوال وأن يكون

القدر معرفاً بالوجه الكافى — مادة ٩٥ و ٢٦١ أهلى و ١٤٩ و ٣٢٨ مختلط

فاذا أغفل المتعاقدان ذكر جميع البيانات اللازمة لتحديد الصنف والقدر ولكن

كان من المتيسر تحديدها بحسب الظروف والأحوال أو من مقتضى شروط العقد كان البيع صحيحاً . ولذلك قلنا إنه يجب أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين مثال ذلك بيع التبن اللازم لعلف حصان أو الفحم اللازم لتشغيل آلة بخارية مدة سنة . فالكمية هنا غير معينة المقدار ولكنها قابلة للتعين اذ من الممكن معرفة ما يأكله الحصان وما تستهلكه الآلة البخارية من الفحم بالتقريب كما أنه يمكن معرفة صنف الفحم وذلك من معاينة نوع الآلة البخارية وقوتها .

٤٦٥ — وأغلب البيوع التجارية هي من قبيل الأشياء المعينة بنوعها ولا تعين بذاتها الأبعد ارسالها أو عند تسليمها . فإذا كانت شروط العقد وظروف الأحوال أو العرف الجاري تسمح بتعيين الشيء المبيع كان العقد صحيحاً باعتباره وارداً على شيء قابل للتعين .

٤٦٦ — وتقدير قابلية الشيء للتعين هي من مسائل التقدير التي من اختصاص القاضى الفصل فيها بحسب ظروف كل حالة وقصد المتعاقدين منها والعرف الجاري بشأنها

٤٦٧ — وقد حكم بأن بيع بضائع يقتضى تسليمها على دفعات متوالية ومبين الحد الأدنى لكل دفعة منها لا يكون باطلاً لعدم تعيين المبيع اذا كانت مجموع شروط العقد تسمح بتعيين الحد الأقصى وتفيد بالأخص أن تعهد البائع يجب أن يكون محدداً بحسب احتياجات التجارة وما يلزم لحل المشتري — تعليقات دالوزقرة ١٥ مادة ١١٢٩ ف

٤٦٨ — ان كان الشيء المبيع معيناً بذاته وجب تسليمه بحسب تعيينه .

في صنف المبيع
الواجب تسليمه

وأما الاشياء المثلية كالقمح والقطن وغيرها المعينة بنوعها بغير تحديد صنفها تحديداً دقيقاً فواجب على البائع تسليمها من الصنف الوسط أى لا الأجود ولا الأردأ وبعبارة أخرى لا الصنف الأول ولا الصنف الأخير

فإذا باع شخص مائة أردب من القمح بثمن معلوم للأردب صح البيع ووجب تسليمه من الصنف الوسط وإذا باع مائة قنطار من القطن وجب تسليمها من القطن

الوسط وهذا ما جرى عليه العمل في البورصة فانه من المتفق عليه تسليم القطن من نوع ومرتبة معينين إذا لم يوجد شرط خاص — وكذلك الحال بالنسبة للحاصلات التي تباع في البورصة وكل ذلك مبين بلوائحها

أما إذا باع حصاناً معيناً بذاته فواجب عليه تسليمه بعينه — انظر ايضاً دوهلس
فقرة ٧٣ ج ٤

٤٦٩ — ولقد أحسن القانون المصري بقصره حالة التعيين بالنوع على الاشياء المثلية ومخالفته في ذلك القانون الفرنسي الذي جاء نصه في مادة (١١٢٩) عاماً بحيث يشمل التعيين بالنوع الاشياء القيمية كما يشمل الاشياء المثلية مع أن التعيين بالنوع ليس بكاف مطلقاً في الاشياء القيمية التي تتفاوت افرادها تفاوتاً عظيماً كالتخيل والبنغال والحمير والدور وغيرها ولهذا قال بعض شراحه بأنه يشترط ان لا تفرق الاشياء القيمية عن بعضها افتراقاً كبيراً حتى يعتبر التعيين بالنوع — تعليقات دالوز
فقرة ٤ مادة ١١٢٩

٤٧٠ — وتعيين كل شيء يكون بحسبه . فالدار بموقعها ومشتملاتها وحدودها . كيفية التعيين والأرض بمقاسها ونوعها وأحواضها إن كانت زراعية . والفرس بوصفها وجنسها وسنها وهكذا

٤٧١ — يلزم في الشريعة الاسلامية لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين شريعة اسلامية أن يكون كل من البديلين معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او يبيان وصفه مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف — مادة ٢٠٩ مرشد الحيران

٤٧٢ — فيستفاد من هذه المادة أن التعيين يكون بالإشارة الى المبيع كهذا الشيء أو الى مكانه الخاص كبعثك ما في هذا البيت . وذلك يقابل التعيين بالذات . وقد نص الفقهاء على ذلك فقالوا ان الإشارة لتعريف الذات فإذا قال هذا صار الذات معيناً
« زيلعي ج ٤ ص ٥٣ »

٤٧٣ — على أن التعيين بالإشارة أو الى المكان لا يصح إلا في الأشياء الحاضرة
فإن كان المبيع غائباً عن مجلس العقد فإنه يعلم ببيان وصفه وقدره بياناً يخصصه
عن نظاره ويكون نافياً للجهالة الفاحشة كإثارة أردب قمح بلدى . ويغنى عن بيان
الأوصاف إضافة المبيع الى نفس البائع وليس له غيره من نوعه كأن يقول بعثك
حصاناً بكذا أو ببيان حدود الأرض . والعلم بما ذكر في حالتى الحضور والغيبة متفرع
عن قاعدة (الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر) — ابن عابدين ص ٢٣ ج ٤
وكتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح ص ٢٩٥ و ٢٩٦

٤٧٤ — وما ينبغى ملاحظته أنه يجب الاحتراس من خا ط أحكام تعيين المبيع
بأحكام العلم بالمبيع الواردة فى مادة ٢٤٩ وما بعدها وسيجيء شرحها فى موضعها

فى الفرق بين
تعيين المبيع
والعلم بالمبيع

فأحكام العلم بالمبيع مأخوذة عن أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الإسلامية التى
يقصد بها رفع الجهالة اليسيرة لا الجهالة الفاحشة فهى غير المقصود بتعيين المبيع . ومن
جهة أخرى فالعلم بالمبيع حق للمشتري وحده ويترتب عليه إمكان حصوله على حكم
بفسخ البيع فى أحوال خاصة (مادة ٢٥٠ مدنى أهلى)

وبعبارة أخرى لا يثبت للمشتري هذا الحق إلا بعد تكوين العقد تكويناً صحيحاً
ويسقط بمسقطات كثيرة منها التصرف فى المبيع أو رؤيته قبل الشراء .

أما تعيين المبيع فالمقصود منه تصحيح أحد أركان البيع لأنه اذا لم يكن المبيع معيناً
كان البيع غير منعقد

٤٧٥ — ومن ذلك يرى ان الفرق عظيم بين الأمرين . فالبطلان لعدم العلم
بالمبيع نسبي وخاص بالمشتري . أما البطلان لعدم تعيين المبيع فأصلى لكل من المتعاقدين
التمسك به

وعدم العلم بالمبيع لا يطل البيع اذا تبين أن المشتري كان رأى بعض المبيع أو
تصرف فيه وغير ذلك مما أشار اليه القانون . ولكن عدم تعيين المبيع يطل البيع ولو
كان المشتري رأى بعضه كرويته عينة قمح حصل يبعه بغير بيان قدره أو تصرف

فيه لأن التصرف في الفاسد فاسد^(١) — انظر الأحكام الواردة بفقرتي ٤٧٩ و ٤٨٠ الآتين

٤٧٦ — تطبيقات — حكمت المحكمة المختلطة بأن المبيع في المنقولات يكون معرّفًا تعريفًا كافيًا متى بين أنه وارد على المنقولات المفروشة في منزل البائع — ٢١ مايو سنة ١٨٧٧ بورلي مادة ٣٢٨

٤٧٧ — وحكم بأنه اذا بيعت أرض مجهلة ومجزأة تجزئًا تصوريًا الى قطع مختلفة وبغير حدود معينة في قائمة الشروط جاز للمشتري أن يطلب بطلان البيع لأنه لم يكن في امكانه أن يعرف موقع الأرض بمعاينة مكانها قبل الشراء ولأنه ظهر من الاطلاع على الرسم المرفق بقائمة الشروط أنه كان يعتقد بحسن نية أن القطعة التي رسا مزادها عليه تجاور طريقين معدين للمرور والحقيقة لم تكن كذلك — مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ س ١٤ ص ٥٣ فقرة ٤٣٢٩ مجموعة ثانية

٤٧٨ — وبأن عدم بيان موقع ومساحة الاراضى التي بيع محصولها لا يزيل عن البيع صفة كونه بيعاً وارداً على شيء معين وذلك اذا دلت ظروف وأحوال الدعوى على ان الخصوم اتفقوا على الارض القائم بها الزرع المباع — مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ١٤٢ وقرة ٤٦٥٤ مجموعة أولى

٤٧٩ — وبأن المادتين ٣١٥ و ٣١٨ من القانون المدني المختلط (٢٤٩ و ٢٥٢ أهلى) لا يقصد بهما غير البيع المنجز للأشياء التي لم يعاينها المشتري بنفسه أو بواسطة وكيل عنه ولا تنطبق على حالة خلاف قائم في قيمة التعهد بخصوص تعيين الاشياء المباعة

فلا يجوز في هذه الحالة الأخيرة الادعاء بعدم انعقاد البيع ولا طلب بطلانه متى كان عقد البيع يفيد الاتفاق على طبيعة العقد والغرض منه ومشتماً على اتفاق تام بين المتعاقدين يقصد به حسم نزاع في دعوى قائمة بينهما . وعلى هذا يجوز فقط طلب تفسير العقد أو فسخه لعدم القيام بتنفيذه — مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ٢٩١ فقرة ٤٣٣٦ مجموعة ثانية

(١) أشار ابن عابدين الى التفرقة بين هذين الأمرين في ص ٢٢ ج ٤ فليرجع إليه

٤٨٠ — وبأنه من أركان البيع معرفة العين المبيعة المعرفة التامة النافية للجهالة حقيقة ويستدل على ذلك بوضع حدودها ومعالمها في العقد بكيفية لا تقبل الالتباس أما ما جرت العادة على ذكره بلفظ عمومي من أن المشتري عالم بالعين المبيعة العلم الكافي النافي للجهالة فهو قول لا يعتد به إذا نقص العقد وصف العين اللازمة لتعيينها كذكر المعالم والحدود — مصر ابتدائي مدني ٢٦ يونيو سنة ١٩٠٧ حقوق س ٢٣ ص ١٨٥ فقرة ٢٣٥ ج أول قضاء مصري أهلي

٤٨١ — وقد قررت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا معنى للقول بأن الشيء المبيع غير معين إذا قررت البائعة صراحة في العقد بأنها باعت أطيانها الكائنة بناحية كذا بمديرية كذا المكلف بعضها باسمها والبعض الآخر باسم ابن أخيها غلطاً وزادت على ذلك بأن الأطيان المبيعة آيلة لها بالميراث الشرعي عن والديها وأن تلك الأطيان مرهونة للبنك العقاري بموجب عقد رسمي ومن المعلوم أنه لا يمكن الرهن إلا إذا تبين في عقده حدود ومعالم الأطيان المرهونة بياناً تاماً لا يوجب الالتباس فيؤخذ مما ذكر أن الأطيان المبيعة معلومة للمتعاقدين علماً تاماً لأن البائعة بصفتها مالكة تعرف جيداً ما باعته والمشتري قرر صراحة في عقد البيع الصادر إليه أنه عاين الأطيان قبل التعاقد — حيثيات حكم محكمة الاستئناف الرقيم ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ مجموعة رسمية س ١٥٥ غمرة ١٠٥

الفرع السادس — في شرط ملكية البائع للمبيع

٤٨٢ — من شروط المبيع أن يكون مملوكاً للبائع وقت البيع أو عند التسليم (فقرة ٢٦٧ السابقة) لأن المبيع إذا لم يكن مملوكاً للبائع فلا تنتقل ملكيته للمشتري إذ يجب لاقتالها أن يصدر البيع ممن له الولاية الشرعية على الشيء المبيع . والولاية الشرعية لا تكون إلا من المالك أو باذنه

٤٨٣ — ويترتب على ذلك أن البيع يكون باطلاً في حالتين :

الحالة الأولى — يكون البيع باطلاً اذا تبين أن المشتري كان مالكا للشيء المبيع عند البيع لأن المقصود الأصلي من البيع وهو التملك لا يتحقق اذ ليس في قدرة البائع أن يمنح المشتري حقاً ثابتاً له من قبل . فتعهد البائع يكون حينئذٍ بلا محل يضاف اليه . وتعهد المشتري يكون خالياً من مقصد شرعى (سبب شرعى) لأنه في العقود الملزمة للجانبين يكون محل تعهد أحد الطرفين مقصداً لتعهد الآخر ويترتب على بطلان البيع أنه لو كان المشتري دفع الثمن فله استرداده لأنه دفع بلا سبب جائز (مقصد شرعى) إذ أنه لم يصير مشترياً .

على أن هذا الأمر نادر عملاً وقد يصادف حصوله اذا باع وارث عيناً من أعيان التركة لشخص تبين بعد البيع أنه كان موصى له بها من المورث وهي تخرج من ثلث التركة — انظر بودان كتاب البيع فقرة ١٠٠ و ١٠١ .

الحالة الثانية — ان بيع ملك الغير باطل . ولكن هذا البطلان ليس عاماً ومطلقاً كبطلان البيع في الحالة الأولى كما يتبين ذلك في الفصل الآتى الذى عقد خصيصاً لبيع ملك الغير



الفصل الرابع

في بيع ملك الغير

قوانين مصرية

مادة ٢٦٤ أهلى — بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطل انما يصح اذا أجازته المالك الحقيقى — تطابق ٣٣٣ مختلط
مادة ٢٦٥ أهلى — اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك له ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للبيع جاز للمشتري أن يطلب منه تضمينات اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكيته — تطابق ٣٣٤
مادة ٣٣٥ مختلط (غير موجودة بالاهلى) — اذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والاتفاق به لآخر ثمن معين يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العمومية المقررة للتعهدات المبينة على اتفاق العاقدین

شريعة اسلامية

مادة ٣٠٠ مرشد الحيران (٣٧٨ مجلة) من باع ملك غيره لآخر بغير اذنه انعقد بيعه موقوفاً على اجازة المالك فان اجازته نفذ والا بطل مادة ٣٠١ منه — يشترط لصحة الاجازة من المالك الذى يبيع ملكه بغير اذنه أن يكون كل من البائع والمشتري وصاحب المتاع المبيع حياً وأن يكون المبيع قائماً على حاله لم يتغير تغيراً به يعد شيئاً آخر وان يكون الثمن باقياً ان كان عرضاً معيناً مادة ٣٠٢ منه — اذا اجاز المالك بيع الفضولى الذى تصرف فى ماله بغير اذنه اجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر اجازته توكيلاً له عنه فى البيع ويطلب الفضولى بالثمن ان كان قبضه من المشتري وان لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشتري على ادائه للمالك لكن ان دفعه اليه صح الدفع وبرىء وسكوت المالك عند بيع الفضولى ماله بلا اذنه لا يكون رضاه منه بالبيع مادة ٣٠٣ منه — اذا لم يجز المالك بيع الفضولى وكان المشتري قد أدى للفضولى الثمن غير عالم وقت الاداء انه فضولى باع ملك غيره بغير اذنه فله الرجوع عليه بالثمن ان كان قائماً ويمثله ان كان هالكاً وان كان قد أداء اليه عالماً أنه فضولى وهلك الثمن فى يده فلا رجوع له عليه بشيء منه ملحوظة — زاد فى المجلة مادة (٣٧٨) ان الاجازة تكون من صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه مادة ٣٠٤ منه — اذا سلم الفضولى للمشتري العين التى باعها له بدون اذن مالكها فهلكت فى يد المشتري فللمالك أن يضمن قيمتها ايها شاء من الفضولى أو المشتري وأيهما اختار ضماته برىء الآخر

قانونه فرنساوى

مادة ١٥٩٩ — بيع الشيء المملوك للغير باطل ويجوز أن تترتب عليه تعويضات للمشتري اذا كان يجهل ان المبيع مملوك للغير

٤٨٤ — يتضح من مقارنة نص المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) أن أحكامها فى مأخذ التشريع مستمدة من القانون الفرنساوى والشريعة الاسلامية . فالشطر الأول منقول عن المادة ١٥٩٩ فرنساوى . والشطر الثانى مأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بصحة بيع ملك الغير اذا أجازته مالكه (١)

٤٨٥ — ولهذا يجب الاحتراس فى تأويل أحكام القانون فى هذا الموضع والحذر من الجرى وراء مذهب من المذاهب بغير مراعاة ما قضت به مواده من الأحكام الخاصة التى يجب الأخذ بها دون سواها

٤٨٦ — وحيث كانت أهمية هذا المبحث من الوجهة العملية عظيمة لأنه كثيراً ما تشاهد بيوع واقعة فى ملك الغير كييع أراضى الحكومة وبيع الاملاك المشاعة وأمالك الغائبين وهكذا فلا غرابة اذا افضنا فى القول وأسهبنا فى الشرح

٤٨٧ — تقضى الشريعة الاسلامية بصحة بيع ملك الغير اذا باعه البائع على أنه ملك لغيره فأجازته مالكه أما إذا باعه على أنه ملك لنفسه فالبيع باطل ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلاً — راجع ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣

٤٨٨ — فالبيع فى الحالة الأولى وهى حالة بيعه على أنه مملوك للغير ينعقد صحيحاً وإنما يكون موقوفاً على اجازة المالك ان أجازته نفذ وان لم يجزه بطل أى أن المالك بالخيار ان شاء أجاز العقد فيصبح البيع وينفذ وان شاء لم يجزه فينفسخ العقد — « ٣٠٠ مرشد الحيران و ٣٧٨ مجلة »

٤٨٩ — ويسمى ذلك عند الفقهاء ببيع الفضولى (وهو من يتصرف فى حق بيع الفضولى الغير بلا إذن شرعى)

والقاعدة ان كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز (أى ذو أهلية يقدر على اجازة التصرف) حال وقوعه انعقد موقوفاً على الاجازة وان لم يكن له مجيز حال العقد كييع مال المجنون فلا يتوقف ويقع باطلاً

(١) راجع ايضاً جرائعولان ص ١٢ كتاب العقود ومذكرات مسيو لمبير الغير المطبوعة

٤٩٠ — وعلة ذلك ان جميع أركان التصرف متوفرة :

١ — فالبيع صدر من أهله (أى من عاقل رشيد)

ب — والمبيع يجوز بيعه لأن الجواز لا يتوقف على كونه مملوكاً للغير اذ يصح بيع الوصى والوكيل مع أن المبيع ليس بمملوك لهما

ج — ولا ضرر في انعقاده لأن المالك مخير اذا رأى المصلحة في البيع فذه
والآ فسخه — فتح القدير ص ٣١٠ ج ٥ وزيلعى ص ١٠٣ ج ٤

٤٩١ — على أن الشافعى يرى أن تصرفات الفضولى لا تنعقد أصلاً ولا تجوز
بإجازة المالك لأنها تقع باطلة وسبب ذلك خلوها من الولاية الشرعية التي تكون
بالمالك أو باذن المالك وهما مفقودان هنا فلا ينعقد البيع لعدم القدرة الشرعية على
التسليم — فتح القدير ص ٣١٠ ج ٥ والزيلعى ص ١٠٣ ج ٤

٤٩٢ — أما حكم بيع ملك الغير في القانون الفرنساوى فتغير بتغير التشريع فيها
فقد كان بيع ملك الغير جائزاً في عهد القانون الفرنساوى القديم كما كان جائزاً بحسب
القانون الرومانى لأن البيع كان منتجاً لمجرد تعهدات عامة لا ناقلاً للملك كما هى الحال
الآن وكان التزام البائع قاصراً على التعهد بتمكين المشتري من حيازة المبيع والانتفاع
به انتفاعاً تاماً بلا معارض ولا منازع

وطالما انه مستفيع بالمبيع فلا يباح له طلب البطلان ولو علم بأن المبيع غير مملوك
للبيع وعلى هذا كان يجوز للبائع أن يبيع ما لا يملك ولو كان معيناً بالذات
فلما قضى القانون الفرنساوى الحالى بأن البيع ناقل للملك بمجرد عقده ترتب على
ذلك بطلان بيع ملك الغير لأن نقل الملك لا يتأتى بغير رضا صاحبه

٤٩٣ — لما كان البيع بحسب القانون الألمانى غير ناقل للملك وانما يترتب عليه
التزام البائع بنقله كان بيع ملك الغير يحسبه جائزاً وللمشتري الحسنة النية أن يطلب
فسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ تعهده بأن ينقل الملك وليس له أن يطلب البطلان
« انظر ٤٢٣ و ٤٣٩ و ٤٤٠ قانون المانى »

٤٩٤ — نقل الشارع المصرى أحكامه عن القانون الفرنساوى وعن الشريعة
الاسلامية فقضى ببطالان بيع ملك الغير فى المادة ٢٦٤ وصرح بأن البطلان قاصر على
الأشياء المعينة ورخص مع ذلك بصفة بيعها اذا أجازها المالك الحقيقى فأزال بذلك
كثيراً من الشكوك والغموض الذى أثارته المادة الفرنساوية من جهة تأويل نوع
البطلان والأشياء التى تكون محلاً له

وهذا البطلان نتيجة لازمة لمبدأ القانون المصرى الذى صرح بأن البيع ناقل للملك
بمجرد التعاقد متى كان المبيع مملوكاً للبائع — انظر مادة ٢٦٦ اهل (٣٣٦ مخطط)
والمبدأ العام الوارد فى مادة ٤٥ اهل (٦٧ مخطط)

فاذا لم يكن المبيع مملوكاً للبائع كان البيع باطلاً وترتبت عليه الأحكام الآتية

٤٩٥ — يترتب على بيع الشئ المعين المملوك للغير ان البيع ينعقد ولكنه يكون:
١ — قابلاً للبطلان ٢ — مستوجباً للتعويض فى بعض الأحوال ٣ — موضعاً
للاسترداد بمعرفة المالك الحقيقى ٤ — محلاً للعقاب بحسب قانون العقوبات الأهلى .
فلتسكلم على هذه الأوجه واحداً فواحداً

الفرع الأول — فى بطلان بيع ملك الغير

٤٩٦ — نص القانون على أن بيع الشئ المعين الذى لا يملكه البائع باطل
وبحث ذلك يشمل وجهين : الأول بالنسبة لأى شخص تقرر هذا البطلان بالنسبة
للمالك الحقيقى أم بالنسبة للمتعاقدين . الثانى ما نوع هذا البطلان أهو بطلان أصلى أم
بطلان نسبي وما أساس هذا البطلان ونتائجه وما هى الأحوال التى يتناولها .

المبحث الأول — بالنسبة لأى شخص تقرر بطلان بيع ملك الغير

٤٩٧ — لا نزاع فى أن المراد من النص على بطلان بيع ملك الغير لم يكن
بطلانه بالنسبة للمالك الحقيقى وان كان تركيب المادة قد يوهم ذلك فان ذكر عبارة
« انما يصح اذا أجازها المالك الحقيقى » بعد تقرير البطلان قد تطوح بالمطلع لأول
فى أن البطلان
مقرر بالنسبة
للمتعاقدين

وهالة فيظن أن البطلان مقرر بالنسبة للمالك ولذلك عني الشارع بذكر هذا الاستدراك. ولكن الواقع غير ذلك وهو أن مراد الشارع تقرير البطلان بالنسبة للمتعاقدين ودليل ذلك أنه لا داعي لوضع نص خاص هنا على بطلان البيع بالنسبة للمالك الحقيقي بعد أن قرر الشارع في مادة ١٤٢ أهلى (٢٠٣ مختلط) بصفة عامة أنه « لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقدتها ». ومن الثابت أن المالك لم يشترك في التعاقد فلا تأثير له عليه . وحينئذ لا تزال الملكية باقية له كما لا يزال له حق استرداد المبيع برفعه دعوى الاستحقاق . على أن الشارع قد اظهر قصده نحو ذلك في المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) فانها تفيد أن المقصود بطلان البيع بالنسبة للمتعاقدين ولذلك يثبت الأحوال التي يجوز فيها للمشتري طلب التعويض من البائع . وصرح به بالنسبة لبيع المنقول الغير المملوك لمن سلمه في مادة ٤٦ أهلى (٦٨ مختلط) — قارن في هذا المعنى بودان كتاب البيع فقرة ١٠٩ ص ٧٠

أما النص على تصحيح البيع بإجازة المالك الحقيقي فنص مستمد من الشريعة الاسلامية أو على الأقل موافق لمبدأها . وفائدته هنا أنه يدل على أن بطلان البيع نسبي لا أصلي كما سيجيء في الفقرة التالية . وليس معنى ذلك أن الإجازة لا تصح بحسب القانون الفرنساوى بل هي جائزة ومصححة للبيع لأن كل عقد قابل للبطلان يكون قابلاً للإجازة التي هي ترك للإبطال — انظر مادة ١٣٣٨ فرنساوى

المبحث الثانى — فى نوع هذا البطلان وأساسه ونتائجه

فى نوع البطلان ٤٩٨ — اختلف الشراح الفرنسويون فى نوع البطلان المنصوص عليه فى مادة ١٥٩٩ فرنساوى المأخوذ عنها نص القانون المصرى أهو بطلان أصلى لا تلحقه الإجازة ولا يزول بها ويجوز لكل من البائع والمشتري أن يطلبه أم بطلان نسبي يرتفع بالإجازة ولا يجوز لغير المشتري طلبه . والرأى السائد علماً وعملاً هو أن البطلان نسبي . أما عندنا فلا خلاف فى أن البطلان نسبي فقد نص القانون صراحة على صحة

بيع ملك الغير اذا أجازته المالك الحقيقي ومعلوم أن البطلان الأصلي لا تصححه الاجازة اللاحقة ولا تزيل ما به من البطلان^(١)

٤٩٩ — وهذا هو رأى القضاء أيضاً فقد حكمت المحكمة المختلطة بأن نص المادة

٣٣٣ من القانون المدنى المختلط (٢٦٤ أهلى) لا تقضى — خلافاً لنص المادة ١٥٩٩

فرنساوى — يبطلان بيع ملك الغير بطلاناً أصلياً لأنها تجيز صحة البيع اذا أجازته المالك

الحقيقى وبأن هذه القواعد تسرى على رهن ملك الغير بما أنه من الأصول العمومية

ان كل ما جاز بيعه جاز رهنه — ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورلى مادة ٣٣٣ مدنى

٥٠٠ — علمنا بما تقدم أن بيع ملك الغير باطل ولكن ما هو أساس هذا

اساسه واختلاف الآراء فى ذلك

البطلان وبعبارة أخرى لماذا يعتبر بيع ملك الغير باطلاً . وهذا مبحث قد تضاربت

فيه الآراء واختلفت الأقوال وإنا لنأتى هنا على ملخص تلك الآراء لما فى ذلك من

المزية العلمية

٥٠١ — قال فريق ان أساس هذا البطلان هو جواز فسخ العقود الملزمة رأى اول

للجانين فانه يجوز فسخ العقد اذا تعذر على أحد المتعاقدين الوفاء بما تعهد به بناء على

ان الشرط الفاسخ مفترض فى كل عقد لازم من الجانبين . ولما كان البائع غير قادر

على نقل الملك لأنه ليس بمالك فتعذر عليه الوفاء بتعده وجاز للمشتري أن يطلب

فسخ البيع لأنه كما يجوز طلب الفسخ لعدم القيام بدفع الثمن يجوز طلبه لعدم القيام

بنقل الملك — وهذا هو رأى الاستاذ كولى دى ساتير — ج سادس غمرة ٢٨ مكررة

واعترض على هذا رأى بأن القانون قضى بالبطلان لا بالفسخ وفرق بين

التعبيرين فلو كان الشارع أراد الفسخ لما احتاج لنص خاص لأن الفسخ جائز بمقتضى

القواعد العامة — انظر كذلك مادة ١١٨٤ من القانون فرنساوى

(١) انظر جرانغولان كتاب العقود فقرة ٣٦ ودوهلس ج ٤ فقرة ٢٠ وبلانيول

على ان النتائج التى تبني على هذا الرأى مطابقة فى الواقع للنتائج المترتبة على
البطلان النسبى وهى :

١ — انه لا يجوز طلب الفسخ الا من المشتري
٢ — يجوز للمشتري فى حالة طلب الفسخ أن يطلب تعويضاً عما لحقه من
الضرر كما يجوز ذلك فى حالة البطلان النسبى بحسب القانون — مادة ٢٦٥ اهلى
(٣٣٤ مختلط)

٣ — لا يحصل الفسخ الا بحكم من القاضى وله أن يعطى للبائع ميعاداً للوفاء بتعهده
أى يجوز تصحيح العقد بعد طلب الفسخ كما يجوز تصحيحه فى حالة البطلان النسبى
٤ — واذا امتلك البائع المبيع قبل الحكم بالفسخ ولو بعد رفع الدعوى زال المانع
وانتقلت الملكية للمشتري فى الحال وسقط حقه فى الاستمرار على طلب الفسخ

رأى ثان ٥٠٢ — وقال فريق آخر إن البطلان مبنى على عدم وجود قصد شرعى (١)
أى سبب جائز قانوناً

ولكن يبنى على هذا الرأى ان البيع لا ينعقد اذ المقصد ركن من الاركان الجوهرية
للتعاقد . ومتى كان البيع لم ينعقد فالاجازة لا تلحقه وكان البطلان أصلياً وجائزاً طلبه
سواء من البائع أو المشتري

ولذلك يرد عليه بأن تعهد أحد المتعاقدين يكون مقصداً لتعهد الآخر فى العقود
الملزمة للجانبين . وتعهد البائع هنا وارد على شىء جائز بيعه الا انه غير مملوك له وهذا
مانع نفاذ لامانع انعقاد . على انه لا نزاع فى ان بيع ملك الغير ينعقد . ولذلك يترتب
عليه أحياناً الحق للمشتري فى طلب تعويضات (٢٦٥ اهلى و ٣٣٤ مختلط) كما يترتب
عليه أن يكون البائع ضامناً للمبيع فى حالة دعوى الغير باستحقاقه (٣٠٠ اهلى و ٣٧٤)
(مختلط) وأن يتخذ سبباً صحيحاً للتملك بمضى خمس سنين

(١) أى *cause légale* وفضلنا هذا التعبير الوارد فى مادة ٢١١ مرشد الخيران لما فيه من
وضوح ورفع اللبس الذى ينشأ من استعمال كلمة سبب

وعلى كل حال لا محل لهذا الرأي في القانون المصري لأن قصد الشارع في انعقاد بيع ملك الغير واعتباره باطلاً بطلاناً نسبياً ظاهر من التصريح بأن إجازة المالك تصححه ولو لم يكن منعقداً أى كان بطلانه أصلياً لما لحقته الإجازة وصحته

٥٠٣ — وقال فريق ثالث انه لا نزاع في أن بطلان بيع ملك الغير نسبي ومبناه وقوع غلط في رضا المشتري من جهة أصل الموضوع المعتبر في العقد فان المشتري كان يعتقد ان المبيع مملوك للبائع فاذا به لآخر

واعترض على هذا الرأي بأن الغلط في المبيع لا يستقيم في حالة علم المشتري بأن المبيع غير مملوك للبائع مع أن نص القانون من جهة البطلان عام يشمل حالتي العلم والجهل ولا فرق بينهما الا فيما يتعلق بالتضمينات فالتخاذ الغلط أساساً للبطلان غير مطرد في جميع الأحوال وعلى هذا لا يصح ان تبني عليه نظرية البطلان النسبي

٥٠٤ — وقال فريق رابع ان البطلان مبناه عدم أهلية البائع الشرعية لبيع ملك الغير. واعترض على هذا الرأي بأنه لا ينظر للأهلية الشرعية وعدمها الا في حالة بيع ما هو في ملك البائع لا ما في ملك غيره — فوائده ج ٢ ص ٤٣٥

ويجوز أيضاً الاعتراض على هذا الرأي بما يعترض به الفقهاء بأن المراد بالأهلية العقل وبلوغ الرشد لا محل العقد (أى الشيء الجائز التبايع فيه) فهذا لا ينعدم بانعدام الملك وإنما ينعدم بانعدام ماليته وتقومه أى اذا كان مما لا يجوز التبايع فيه أو مما لا قيمة له يمكن تقديرها. أما البائع فقد يكون غير مالك كالمأذون له بالبيع (وكيل أو وصي مثلاً) ولا تأثير لذلك على محل العقد — انظر في هذا المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٠

٥٠٥ — أما الرأي الأخير فهو للأستاذ بودرى^(١) وهو يرى أن أساس البطلان عدم قدرة البائع على تمليك المبيع للمشتري أى عدم استطاعته تنفيذ التعهد الأصلي المقصود من البيع وهو نقل الملك. واعتبر ذلك بطلاناً لا فسخاً لأن الفسخ جائز في

(١) بودرى وسينات كتاب البيع ص ١٠١

العقود الملزمة للجانبين في حالة عدم قيام أحدهما بوفاء تعهده ومعنى ذلك ان العقد
ينعقد قابلاً للنفاذ ثم يطرأ عليه عدم النفاذ . ولكن في حالة بيع ملك الغير لم يُنقل الملك
لأن البائع غير مالك فاستحالة التنفيذ نشأت من وقت التعاقد والبيع لم يكن في وقت ما
قابلاً للنفاذ لهذا كان باطلاً

وجعل البطلان نسبياً لأن الخلل الذي استوجبه ناشئ من خطأ البائع الذي تعهد
بأمر مستحيل التنفيذ فلم يكن له ان يستفيد منه وعلى هذا لا يتمسك به غير المشتري
ومما يحسن ملاحظته ان هذا التعليل يكاد يطابق ما علل به الشافعي رأيه من
جهة عدم انعقاد بيع ملك الغير لأنه يقول ان الملك لا ينقل الا بالولاية الشرعية وهي
لا تكون الا من المالك أو باذن منه غير أن الشافعي يرى أن البيع «لا ينعقد» لعدم
القدرة على التسليم — انظر فقرة ٤٩١ السابقة

في نتائج البطلان النسبي ٥٠٦ — ويترتب على البطلان النسبي النتائج الآتية وهي مماثلة لما سبق بيانه في
فقرة ٥٠١ وها هي :

٥٠٧ — لا يجوز طلب البطلان الا من المشتري فله وحده أن يتمسك بهذا
البطلان لأنه مقرر لمصلحته . وله أن يطلبه بدعوى أصلية أو دعوى فرعية
١ — فيطلب المشتري بطلان البيع بدعوى أصلية في حالتين : — الأولى اذا
كان دفع الثمن ثم تبين له ان البائع غير مالك فيرفع الدعوى ويطلب بطلان البيع
واسترداد الثمن — الثانية اذا لم يكن دفع الثمن ولكنه يريد منع البائع من مطالبة
به تنفيذاً للعقد . .

ب — ويتمسك المشتري بالبطلان بصفة فرعية اذا كان البائع رفع عليه دعوى
أصلية يطالبه فيها بالثمن فيدفع دعواه بأن المبيع غير مملوك له
على أنه يجب في جميع الأحوال أن يكون طلب البطلان على يد القضاء لأنه
ليس من أوجه البطلان المحتملة التي تحصل بلا قضاء (١)

٥٠٨ — والمشتري أن يطلب البطلان واسترداد الثمن حتى ولو كان سميء النية أى علماً بأن البائع لا يملك المبيع وذلك لأن القانون لم يشر إلا الى تفريق واحد ورد في المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) وخصوصاً بحالة طلب التضمينات فأجاز للمشتري الحسن الاعتقاد طلبها وحرّم سميء القصد منها — قارن قرة ٣٧ من كتاب العقود لجرائمولان

٥٠٩ — والمشتري أن يرفع هذه الدعوى ولو لم تحصل له أية منازعة من المالك الحقيقى ولم يحكم باستحقاق المبيع وذلك هو الفارق بين القوانين الحالية والقانون الرومانى أو القانون الفرنساوى القديم

فقد قلنا في قرة ٤٩٢ السابقة ان البيع في عهد القانون الرومانى كان مستجاً لمجرد تعهدات وينقل الحيازة فقط لا الملك

لهذا ما كان يجوز للمشتري الذى لم ينازعه أحد في حيازة المبيع أو لم يتعرض له أحد في انتفاعه به أو لم يستحق عليه المبيع أن يطعن في البيع بالبطلان ولو تبين ان المبيع غير مملوك للبائع

أما الآن وقد أصبح البيع ناقلاً للملك فالمشتري أن يطلب البطلان قبل البائع ولو لم ينازعه أحد في وضع اليد لأنه أراد أن يمتلك المبيع والبائع غير قادر على نفاذ تعهده فله طلب ابطال البيع ولا يجبر على البقاء في حالة الشك

٥١٠ — يرى من ذلك أن دعوى البطلان متقدمة على دعوى الضمان التى للمشتري عملاً بنص المادة ٣٠٠ أهلى وما بعدها (٣٧٤ مختلط وما بعدها) فإن دعوى الضمان لا ترفع إلا اذا استحققت العين فعلاً لملكها قبل طلب المشتري البطلان وبعبارة أخرى للمشتري قبل البائع دعويان :

ا — دعوى البطلان وله أن يرفعها قبل حصول الاسترداد بل وقبل حصول أية منازعة

ب — ودعوى الضمان ويرفعها على البائع اذا طلب المالك استرداد المبيع واستحققه فعلاً أى نزعت ملكيته من المشتري . ويلاحظ من ذلك أن وقتيهما

مختلف فواحدة قبل الاستحقاق والمنازعة وواحدة بعدها وسيجيء الكلام على دعوى الضمان فيما بعد في موضعه

عدم جواز طلب
البطلان من
البائع

٥١١ — لا يجوز للبائع أن يتمسك بهذا البطلان لا بصفة أصلية ولا فرعية حتى ولو كان حسن النية أى يجهل وقت البيع ان المبيع مملوك للغير لأنه لو كان حسن النية فقد أهمل في عدم التحقق من ملكيته لما يبيع . وان كان سيئ النية اعتبر مدلساً . ومن جهة أخرى فالبيع يتضمن الالتزام بنقل الملك . فاذا لم يكن في قدرة البائع أن ينقل الملك حالاً فإنه يجب عليه أن يقوم به متى طلب المشتري منه ذلك وسمحت به ظروف الأحوال . وإباحة طلب البطلان له تعتبر تنصلاً من هذا التعهد ومن المعلوم أن ليس لتعاقد أن يطلب بطلان ما تعهد به بحجة أنه أقدم عليه بغير ترو^(١) على أن من خواص البطلان النسبي أن لا يتمسك به غير الفريق الذى تقرر البطلان لمصلحته^(٢)

٥١٢ — ويترتب على ذلك أنه فيما يتعلق بعلاقة البائع بالنسبة للمشتري فالبيع يعتبر صحيحاً . ويجب على البائع تنفيذ التعهدات الخاصة به

فيجب عليه تسليم المبيع للمشتري ولا يجوز له الامتناع بحجة ان البيع باطل لأنه ليس له أن يتمسك بالبطلان . وسندنا من أحكام القانون في ذلك أن القانون جعل البائع ضامناً للمبيع في حالة دعوى الغير باستحقاقه . والضمان والتسليم متلازمان لأن الضمان لا يترتب الا على نزع ملكية شيء كان سلم فعلاً . فاذا كانت البائع ملزماً

(١) قارن أيضاً حكم المحكمة المختلطة الصادر في ٥ يونية سنة ١٨٧٨ الوارد بيورلى تعليقاً على مادة ١٧٣ مدنى فإنه يقضى بالزام من يتعهد بأمر من غير أن يتحقق من إمكان تنفيذه ثم لم يستطع الوفاء به لظروف خارجة عن ارادته بتعويض الضرر الناشئ عن عدم الوفاء بالتعهد (٢) في فرنسا حيث كان النص غامضاً يرى بعض الشراح أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالبطلان اذا كان حسن النية وبعضهم يقول ان له أن يدفع به فقط لا أنه يرفعه بصفة أصلية (أوبرى ورو ج ٤ ص ٣٠١ وماركاديه مادة ١٥٩٩) وفريق ثالث يبيع له هذا الحق على الاطلاق ويلاحظ مسيو بودرى أن ذلك كله صحيح في نظر من يرون أن البيع لا ينقذ وعندنا لا محل لهذا الخلاف لأن النص ظاهر في أن البطلان نسبي

صراحة بالضمان فهو ملازم بطريق الاستنتاج بالتسليم . ومن جهة أخرى فالعدل يقضى بأن المشتري يستلم المبيع لينتفع بفوائده وثمراته الى حين يطلبه صاحبه لاسيما وأنه قد يتأذى أن يغفل عن طلبه فيتملكه المشتري بمضى المدة — مستفاد من البانديكت فقرة ٦٩٧ بيع ج ٥٩

٥١٣ — ولقد صرح القانون الايطالى بأنه لا يجوز للبائع أن يطلب البطلان مطلقاً القانون الايطالى « انظر مادة ١٤٥٩ »

٥١٤ — أما في الشريعة الاسلامية فالفقهاء وإن كانوا لا يعتبرون البيع غير منعقد شريعة اسلامية بل محتملاً للفسخ يرخصون مع ذلك للفضولى (أى البائع) أن يفسخ البيع قبل الاجازة دفعاً لما يلحقه من الضرر لأنه بعد الاجازة من المالك يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه ويطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر له فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه

أما المشتري فله الفسخ قبل اجازة المالك تحرزاً من لزوم العقد . على أنه يلاحظ على كل حال أن نظرية الشرعيين مبنية على أنه بيع فضولى — ابن عابدين ص ١٤٨ ج ٤ والزيملى ج ٤ ص ١٠٥

٥١٥ — هل يجوز للمشتري أن يطلب بطلان البيع اذا كان يجوز له التمسك في طلب البطلان بتملك المبيع بمضى المدة قبل المالك الحقيقي سواء كان التملك نتيجة وضع يده وحده ^{حالة تملك المبيع بمضى المدة} أو مضمومة ليد البائع أم لا يجوز بناء على أن لا مصلحة له في طلب البطلان اذا أن وضع اليد بناء على عقد البيع الذى يعد سبباً صحيحاً يكسبه الملكية بمضى ٥ سنين متى كان حسن النية — مادة ٧٦ أهلى (١٠٢ مخطوط)

والظاهر أن لا محل لطلب البطلان لان المشتري متى جاز له أن يتمسك بوضع اليد المدة المكسبة للملكية لا يخشى جانب المالك الحقيقي الذى سقط حقه في استرداد العين . ولا خطر حينئذ من ظهور عدم ملكية البائع لما باع وما دام الخطر قد زال فلا مصلحة للمشتري في طلب البطلان لأن المصلحة أساس الدعوى

ولكن هذا رأى غير خال من الاعتراض فان التملك بمضى المدة لا ينتج

مفعوله من تلقاء نفسه بل يجب التمسك به ممن له مصلحة فيه
وليس كل انسان يقبل التمسك بالتقادم والاستيلاء على مال الغير بمجرد تملكه
إياه بغير رضا مالكة ردحاً من الزمن . فاذا كان المشتري ممن لا تقبل ضمائرهم ذلك
فلن يجبره أحد عليه ولن يؤخذ على عمل يراه عدلاً وحقاً ألا وهو رد المال لصاحبه
أما البائع فيجوز له ان شاء التمسك بمضى المدة متى توفرت شروطها بالنسبة لوضع
يده . فان المشتري يدخله عادة ضامناً وبهذه الصفة يجب عليه أن يقدم جميع الأوجه
القانونية الممكنة التي توصله لأحباط دعوى طالب الاسترداد حتى يؤيد حق المشتري
في الملكية ويقطع أسباب كل منازعة بشأنها سواء بالحصول على حكم ضد المسترد
أو بجعله يعدل عن دعواه . ومتى ثبتت ملكية البائع للمبيع انقلب البيع صحيحاً وارتفع
البطلان — مذكرات السيروتستو ناظر مدرسة الحقوق السابق — غير مطبوعة

٥١٦ — على أن ظاهر رأى « دو هلس » أن لاحق على الاطلاق لمشتري
ملك الغير الذي يصير مالكاً بمضى المدة في المطالبة ببطلان البيع ولا بتعويض عنه
لأنه تمتع بجميع الحقوق التي للمالك من وقت البيع فلم ينله أدنى ضرر وزيادة على
ذلك فانه لم يملك العين المبيعة بمضى خمس سنين اذا كان حسن النية الا بمقتضى
عقد البيع الذي هو سيده الصحيح — دو هلس فقرة ١٨ بيع ج ٢٤

٥١٧ — ولكننا نرجح الرأي الأول لعدالته وخلوه من التحريض على أخذ
مال الغير . ويمكننا أن نحمل رأى الاستاذ دو هلس على أنه لا يجوز للمشتري طلب
البطلان متى كان قد تمسك فعلاً من تلقاء نفسه بالتملك بمضى المدة وقضى له بها
فحينئذ ينتفى عنه الضرر وخطر الاسترداد . أو كان المبيع منقولاً معيناً فان المشتري
الحسن النية يملكه بمجرد حيازته بناء على قاعدة الحيازة في المنقول دليل الملك متى
كان الشيء غير مسروق ولا ضائع — ٤٦ و ٨٦ و ٦٠٧ أهلى و ٦٨ و ١١٥ و ٧٣٣ مختلط
وعلى ذلك لا يجوز للمشتري أن يطلب البطلان لأنه لا يخشى من خطر الاسترداد —
« أنظر بودرى المطول فقرة ١٢٣ كتاب البيع

وكذلك اذا تمسك مشتري العقار أو الحق العيني بالتملك بمضى المدة بأن كانت رفعت عليه دعوى استحقاق من المالك الطالب الاسترداد فدفعها باكتسابه الملكية بالتقادم وحكم لصالحه فلا يجوز له حينئذ طلب البطلان — قارن حكم محكمة جرنوبل ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ — دالوز ص ٩٢ قسم ثان ص ٥١٨. وقد اشار هذا الحكم لمبدأ آخر وهو جواز اختلاف المدد المكتسبة للملكية باختلاف المالكين فيجوز اكتساب الملكية قبل المالك الرشيد بينما تكون الملكية لم تكتسب قبل شريكه القاصر الذي له بعد بلوغ رشده طلب استرداد نصيبه ٥١٨ — يجوز للمشتري أن لا يتمسك بالبطلان وأن يجيز البيع بحالته التي بيع بها النتيجة الثانية فينقلب بيعاً منتجاً لمجرد تعهدات بدل ان يكون بيعاً ناقلاً للملك . وهذا البيع جائز باتفاق المتعاقدين — انظر فقرة ٥٩٠ الآتية

ومفاد ذلك أن دعوى البطلان تنتهي بإجازة المشتري للبيع والأجازة المشار إليها كما تصح صراحة تصح دلالة كاستلام المشتري المبيع أو دفع ثمنه بعد علمه أنه غير مملوك للبائع أو اتفاقه مع البائع بالعدول عن طلب البطلان ولكن عدوله عن البطلان يعد ضمناً عدولاً عن المطالبة بالتعويض. فإذا استحق المبيع بعد فلا يكون له حق الا في استرداد الثمن — باندكت فقرة ٧١٣ بيع ج ٥٩ وذلك لأنه أصبح عالماً بحالة ما اشتراه فعلة التعويض سقطت

٥١٩ — يزول بطلان بيع ملك الغير بإجازة المالك أو بامتلاك البائع للمبيع بعد البيع . وسبب ذلك انه طالما ان المشتري لم يطلب بطلان البيع فيعتبر راضياً به وبأنه منتج لمجرد تعهدات . فاذا أصبح البائع مالكا للمبيع أو أجاز المالك الحقيقي البيع زال المانع من نقل الملك في وقت لا يزال اتفاق المتعاقدين فيه قائماً فيرتفع البطلان . ومن جهة أخرى يجب على البائع بمجرد اكتسابه الملكية أن ينقلها للمشتري تنفيذاً لتعهد القاضى بذلك وسكوت المشتري بغير أن يطلب البطلان يفيد رضاه بالبيع وحينئذ يكون التراضي من الجانبين واقعاً فيتم البيع . ومتى كان البيع تاماً فلا يجوز للمشتري أن يطلب البطلان

٥٢٠ — ولأجل زوال بطلان بيع ملك الغير بالإجازة أو امتلاك البائع يجب أن

لا يكون المشتري قد طلب البطلان قبل حصولها لأنه اذا كان المشتري طلب البطلان أفاد ذلك رجوعه في رضائه . ومن جهة أخرى فالقاضي الذي يحكم في طلب البطلان يسند حكمه الى وقت رفع الدعوى أى الى وقت طلب البطلان السابق على الإجازة أو على الامتلاك

يستفاد مما تقدم أن الاجازة أو الامتلاك المزيلين للبطلان هما السابقان على طلبه لا اللاحقان له

٥٢١ — ولا يعترض على ذلك بأنه في حالة فسخ العقود الملزمة للجانبين يجوز الوفاء أثناء سير الدعوى بشرط دفع المصاريف المترتبة على التأخير فكان اللازم أن يكون الأمر كذلك هنا لأن الحالتين مختلفتان . ووجه الاختلاف أنه في حالة طلب فسخ العقد يجوز للمحكمة أن تمنح المدعى عليه ميعاداً لا تقاً ينفذ فيه تعهده فلا يكتسب المشتري حق الفسخ طالما انه لم يصدر به حكم

أما في حالة طلب البطلان فليس على القاضي سوى ان يفصل فيما اذا كان الطالب محقاً في طلبه أو غير محق . فاذا تبين أن نقل الملك كان مستحيلاً وقت رفع الدعوى كان المشتري محقاً في طلبه

٥٢٢ — وهناك رأى آخر يقول بأن الاجازة أو الامتلاك يزيلان البطلان ولو حصل بعد رفع الدعوى ويبيح للبائع أن يدفع بعدم قبول دعوى البطلان لحصول الاجازة طالما أن الحكم لم يصدر وذلك لأن رفع الدعوى لا يكسب المشتري حقاً جديداً خصوصاً وأنه غير ظاهر بناء على أية قاعدة قانونية يمكن منع البائع من اصلاح خطئه في بيع شيء لم يملكه بشرائه هذا الشيء من مالكة الحقيقي أو الحصول على اجازته يقولون إن المشتري برفعه دعوى البطلان يكون عدل عن البيع والحكم يسند لوقت رفع الدعوى لا الى وقت الحكم وهو استدلال لا قوة له فان المشتري حينما رفع الدعوى طالبا البطلان كان مضطراً لذلك لأنه كان يستحيل نقل الملك اليه من غير مالك ونقل الملك هو الغرض المقصود من البيع . فاذا قبل المالك نقل الملك اليه

تحقق غرضه وأصبحت دعواه بلا أساس لأن مصلحته في البطلان عدمت وما دام لا مصلحة فلا دعوى — البانديكت فقرة ٧٢١ بيع ج ٥٩

٥٢٣ — ويلاحظ أنه إذا اكتسب البائع الملك بعد البيع بالشراء أو الإرث أو غيرها من أسباب التملك ثم امتنع عن تنفيذ تعهده القاضى بنقل الملك للمشتري فلمشتري أن يجبره على ذلك عملاً بنص المادة ١١٨ أهلى (١٧٥ مختلط) التى تميز للدائن ان يحصل على وضع يده على الدين اذا كان عيناً معينة وحدث ملك المدين لها بعد التعهد ولم يكن لأحد حق عينى عليها

كما يلاحظ أن بعضهم يرى أن اجازة المالك للبيع تجعل العقد الصادر من البائع فى حكم التعهد بالحصول على تصديق المالك بالبيع . فتسرى على العلاقة فيما بين البائع والمالك أحكام الوكالة وإذا كان الثمن دفع للبائع فللمالك الرجوع عليه به — انظر هلتون فقرة ٦ ص ٢١ ج ٢ وقرة ٥٩٣ الآتية

وفى ذلك مماثلة لأحكام بيع الفضولى

٥٢٤ — أما الفقهاء فرأيهم أن البيع يصح باجازه المالك وتعتبر الاجازة اللاحقة رأى الفقهاء كالوكالة السابقة وأنه اذا طرأ المالك البات على الموقوف أبطله ويتضمن ذلك ان من باشر عقداً فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المنصوب ثم ملكه والابن باع ملك أبيه ثم ورثه وهكذا — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩

٥٢٥ — تسقط دعوى البطلان بمضى المدة القانونية وهى ١٥ سنة . ويتبدى النتيجة الرابعة سريان هذه المدة من يوم البيع اذا كان المشتري عالماً بأن المبيع غير مملوك للبائع لأنه يجوز له من ذلك الحين أن يظن بالبطلان ومن يوم علمه فقط بأن الشئ غير مملوك للبائع أى من يوم اكتشاف العيب اذا كان المشتري حسن القصد — انظر بودرى فقرة ١١٩ وجه ثالث

٥٢٦ — يجوز للمشتري الذى يطلب بطلان بيع صادر فى ملك الغير ان يطلب النتيجة الخامسة تعويضاً عما لحقه من الضرر اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع لما باعه وكان البائع يعلم أن الشئ غير مملوك له — انظر تفصيل ذلك فى الفرع التالى:

ميزة جعل
البطلان نسبياً

٥٢٧ — ان جعل بيع الشيء الغير المملوك للبائع باطل بطلاناً نسبياً يترتب عليه أن البيع ينتج مفعوله وجميع أحكامه طالما أنه لم يحصل بطلانه . وذلك هو السبب الذي يبنى عليه تفسير المسائل الآتية :

١ — جعل البائع ضامناً للمبيع اذا استحقه مالكه الحقيقي ونزعت ملكيته من المشتري — مادة ٣٠٠ وما بعدها

ب — صلاحية البيع لأن يكون سبباً صحيحاً للمشتري في تملك العين بمضي خمس سنين متى كان حسن النية — ٧٦ اهل و ١٠٢ مختلط

ج — امتلاك المشتري لغلة المبيع متى كان حسن النية كذلك — قارن مادتي ٥٤٩ و ٥٥٠ فرنساوى

أما لو كان بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً أصلياً لما جاز ترتب هذه الاحكام عليه — « قارن بلايول فقرة ١٤٢٣ ج ٢ »

الفرع الثاني — في حق المشتري للملك الغير في طلب التعويض من البائع

٥٢٨ — اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك له ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع جاز للمشتري أن يطلب منه التضمينات اللازمة اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع أى كان حسن النية — مادة ٢٦٥ اهل و ٣٣٤ مختلط

أما اذا كان المشتري يعلم أن البائع لا يملك المبيع فيحمل البيع على انه ما كان يقصد به نقل الملكية اليه في الحال ولا يجوز له أن يشكو من ضرر أقدم عليه باختياره واراادته ولذلك حرمه القانون من طلب التعويض

٥٢٩ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأنه في حالة بيع ملك الغير لا يجوز طلب التعويض الا اذا كان المشتري حسن النية أى يجهل أن المبيع كان مملوكاً للغير — « مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ١٦٢ فقرة ٤٣٤٩ » مجموعة ثانية

٥٣٠ — فيستخلص مما تقدم أن للمشتري حالتان فإما أن يكون حسن النية أو سيئها :

١ — فان كان سيء النية فإنه يحصل على بطلان العقد فقط لأن طلب البطلان من حقه كما يينا قبل وليس له أن يطلب تعويضاً ما — انظر فقرتي ٥٠٧ و ٥٠٨ السابقتين ولكن متى قضى له بالبطلان فإنه يعفى من دفع الثمن اذا لم يكن استلم المبيع ويسترده من البائع اذا كان دفعه اليه لأنه يكون دفع شيئاً غير مستحق وفي الحالة الأخيرة يلزم طبعاً برد المبيع الى البائع اذا كان قد استلمه .

ب — أما ان كان حسن النية فله الحق في طلب التعويض مع طلب البطلان .
ويقدر التعويض بحسب القواعد العامة أى بحسب أحكام المادة ١٢١ أهلى .
(١٧٩ مختلط) . لأن التعويض عبارة عن المكسب الذى ضاع على المشتري بسبب عدم صيرورته مالكا

٥٣١ — إلا أنه يشترط بحسب القانون المصرى أن يكون البائع «سيء القصد» أى علماً بأن المبيع غير مملوك له حتى يجوز للمشتري مطالبته بالتعويض وذلك عملاً بنص المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) — راجع النص الفرنساوى فانه أظهر

ومما يلاحظ ان فى هذا القيد مخالفة للمبادئ الفرنساوية فانه بحسب تلك المبادئ ليس من الضرورى أن يكون البائع سيء القصد وقت البيع حتى يجوز للمشتري الحسن النية المطالبة بالتعويضات وذلك استناداً على ان البائع وان حسنت نيته فهو المتسبب على كل حال فى الضرر الذى يلحق المشتري لأنه قدم اليه شيئاً على أنه مملوك له فمن العدل ان يلزم بتعويض الضرر الناشئ عن فعله — بلانيول فقرة ١٤٢٦ ج ٢ وبودرى المطول ص ١١٥ كتاب البيع وجه خامس .

٥٣٢ — وقد خالفت المحكمة المختلطة فى أحد أحكامها مبدأ القانون المصرى فقضت بأن بطلان البيع الحاصل فى ملك الغير يستوجب الحكم بالتضمينات اذا كان المشتري يجهل العيب اللاحق بالمبيع ولو كان البائع حسن النية — مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ س ٢ ص ٢٢٩ و فقرة ٤٤٥٠ مجموعة اولى

والظاهر أنها تأثرت بالمبادئ الفرنساوية . أما شرح القانون المصرى (٢٢)

ققالوا باشتراط سوء نية البائع حتى تستحق عليه التعويضات للمشتري الحسن النية —
« انظر دو هلس فقرة ١٩ بيع ج ٤ وجرائمولان فقرة ٣٩ كتاب العقود »

٥٣٣ — والمشتري الحسن النية الحق في التعويض ولو كان عدم علمه بأن البائع لا يملك المبيع ناشئاً عن اهماله وعدم اهتمامه بالبحث عن ملكية البائع للمبيع اذ يكفي ان يكون المشتري حسن النية والواجب يقضى بأن البائع هو الذي ينبه لهذا الأمر وليس للبائع أن يحتج بثقة المشتري به ويتخذها سلاحاً يتق به تبعة خطأه ويتخلص من نتائج عمله — انظر بودري المطول فقرة ١٢٥ ص ١١٥ والبانديكت فقرة ٦٨٥ بيع ج ٥٩
٥٣٤ — ويجب على البائع أن يرد للمشتري الحسن النية رسوم العقد ومصاريفه زيادة على رد الثمن لأنه اذا تبين أن العقد باطل فذلك نتيجة خطأ البائع ولو لم يحصل التعاقد لما اضطر المشتري لدفعها

أما اذا كان المشتري سيئ القصد أى عالماً بأن المبيع غير مملوك للبائع فلا يجوز له المطالبة بمصاريف العقد ورسومه لأنه كان على بينة من الأمر وعلى علم بأنه يكون عرضة لنتائج شراء شيء غير مملوك للبائع — اوبري وروج ٤ فقرة ٣٥٠ ص ٣٥٤ طبعة رابعة والبانديكت فقرة ٦٩٠ بيع ج ٥٩ .

الفرع الثالث — في تأثير بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي حق المالك في الاسترداد — حقه في إجازة البيع

٥٣٥ — ينأ فيما تقدم أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين (البائع والمشتري) ونشرع الآن في بيان حكمه بالنسبة للمالك الحقيقي وتأثيره على حقوقه قبل المتعاقدين المذكورين

٥٣٦ — من الثابت ان المالك الحقيقي كان أجنبياً عن البيع ولم يشترك فيه ولذلك فلا تأثير للعقد عليه سياتى اعتبار البيع بين المتعاقدين صحيحاً أو باطلاً. فلا يمكن ان يسلب حقه بمقتضى عقد لم يصدر منه أو يترتب عليه أدنى ضرر له من جرائه —
انظر مادة ١٤٢ امل (٢٠٣ مختلط)

٥٣٧ — وعلى هذا فحقوق المالك لا تزال ثابتة وباقية . وقد صرح القانون في عدة مواضع بمراعاتها ^(١) . وله بناءً على ذلك ان يسترد المبيع أو يجيز البيع اذا رأى في ذلك منفعة له وإيجازته يزول البطلان ويصح البيع — انظر مادة ٢٦٤ اهل و ٣٢٣ مختلط وستكلم على ذلك في المبحثين الآتين :

المبحث الأول — في حق المالك الحقيقي في استرداد المبيع

٥٣٨ — للمالك الحقيقي بناءً على ما قدمنا ان يسترد المبيع برفعه دعوى الاستحقاق إما على البائع أو على المشتري تبعاً لما اذا كان حصل تسليم المبيع بناءً على عقد البيع أو لم يحصل . فاذا لم يكن حصل التسليم رَفَع الدعوى على البائع . واذا كان حصل التسليم رفعها على المشتري لأنه أصبح الواضع اليد .

٥٣٩ — وليس من اللازم مطلقاً أن يطلب المالك الحقيقي الحكم أولاً بإعلان البيع اذ لا أثر لعقد البيع قبله — لأنه أجنبي عنه — ولا يجوز الاحتجاج عليه به وعلى ذلك فإنه يرفع دعوى الاستحقاق مباشرة — باندكت قرة ٦٩٨ بيع ج ٥٩

٥٤٠ — وله أن يرفع دعوى الاستحقاق في أى وقت طالما ان حقه في ذلك لم يسقط بمضى المدة القانونية أو بتملك المشتري للمبيع بوضع اليد . فان عقد البيع يعتبر بالنسبة للمشتري سبباً صحيحاً يكسبه الملكية بمضى خمس سنوات متى كان حسن النية والا فبمضى ١٥ سنة

٥٤١ — ويرى من ذلك ان التملك بالتقادم مؤثر على حق الاسترداد بل ويسقط له قبل انتهاء سقوطه قبل البائع أو بمضى المدة العادية

وليان ذلك نتكلم على تأثيره أولاً فيما بين المالك والمشتري ثم على تأثيره فيما

بين المالك والبائع

٥٤٢ — أما فيما يتعلق بعلاقة المالك بالمشتري فتختلف باختلاف ما إذا كان تأثير التقادم على

علاقة المالك
الحقيقي بالمشتري

المبيع عقاراً . أو منقولاً والمشتري حسن النية أو سيئها . ويده سبب صحيح أولاً
٥٤٣ — فإن كان المبيع عقاراً أو حقاً عينياً وكان المشتري حسن النية ويده
سبب صحيح تملكه بمضى خمس سنوات متواليات . أما إذا لم يتوفر شرط حسن النية
ولا السبب الصحيح تملكه بمضى ١٥ سنة — مادة ٧٦ أهلى و ١٠٢ مختلط

وعلى ذلك يسقط حق المالك فى الاسترداد بمضى هاتين المدتين بحسب الأحوال
٥٤٤ — وان كان المبيع منقولاً فالمشتري كذلك إما ان يكون حسن النية أو سيئها .
فان كان حسن النية واستلم المنقول تملكه فى الحال وكان سقوط حق المالك فى
الاسترداد سقوطاً وقتياً . ويترتب على ذلك أن المشتري يأمن دعوى الاستحقاق
وذلك لأن له أن يستفيد ويتمسك بقاعدة « الحيازة فى المنقول دليل الملك » ولو لم
يكن ملكاً لمن سلمه . فمجرد الحيازة تفيد السبب الصحيح وحسن الاعتقاد الا اذا
ثبت ما يخالف ذلك — أنظر مواد ٤٦ و ٦٠٧ و ٦٠٨ أهلى و ٦٨ و ٧٣٣ و ٧٣٤ مختلط

٥٤٥ — ولا يستثنى من هذا الأصل سوى حالتى السرقة والضياع فان حق
المالك فى استردادها لا يسقط الا بمضى ثلاث سنين حتى ولو كان المشتري حسن
النية واشترى الشيء فى سوق عام أو ممن يتجر فى مثل ذلك الشيء انما يشترط ان
يدفع المالك للمشتري المذكور الثمن الذى دفعه — أنظر مادتي ٨٦ و ٨٧ أهلى
و ١١٥ و ١١٦ مختلط

٥٤٦ — واذا كان المشتري سيئ النية فلا تنطبق القاعدة السابقة وعلى ذلك
لا يسقط حق المالك فى الاسترداد الا بمضى المدة الطويلة . على ان نص القانون
صريح فى ان المقصود هو المشتري الحسن الاعتقاد . وعلى ذلك يجب على المشتري
رد المبيع للمالك متى ثبتت ملكيته له — تعليقات دالوز فقره ١٨٢ مادة ١٥٩٩

٥٤٧ — اذا استرد المالك المبيع من المشتري فهل له أن يسترد غلته منه أيضاً؟
فى الأمر تفصيل : فالمشتري إما ان يكون حسن النية وقت ان اشترى واما ان
يكون سيئها

فى استرداد
الغلة

فان كان حسن النية فلا يرد شيئاً من الغلة ولورد المبيع لأنها تكون من حقه الى حين اكتشاف العيب وهو عدم ملك البائع لما باع: فعقد البيع يعتبر سبباً صحيحاً لحيازته والحائز بحسن نية لشيء يملك غلته

واذا كان سيء النية وجب عليه ان يرد للمالك جميع ما استغله — بودرى المطول
نمرة ١٢٥ وبلانيول فقرة ١٤٢٣ ج ٢

٥٤٨ — وهذا هو مبدأ القضاء المصرى فقد حكم بأن واضع اليد بنية سليمة على عقار هو فى حل مما قبض من ثمراته جرياً على المبادئ العامة المقررة فى المادتين ١٤٥ و ١٤٦ مدنى ولا يلزم بالثمرات الا من يوم طلب الاسترداد — الاستئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية س ٤ ص ١٦٥ وقما الجزئية ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٢ المجموعة س ٤ ص ٧٨ وجلاد نمرة ٦ مادة ٦٥ أهلى

٥٤٩ — أما فيما يختص بعلاقة المالك بالبائع فحق المالك فى الاسترداد لا يسقط تأثير التقادم على علاقة المالك
الا بمضى ١٥ سنة لأن استيلاء البائع على الشيء الذى باعه لا يكون فى الواقع الحقيقى بالبائع
بسبب صحيح

٥٥٠ — وعلى ذلك يجوز أن يكون حق المالك سقط قبل المشتري الذى قد يملك المبيع بمضى ٥ سنوات بناءً على السبب الصحيح وحسن النية أو تملكاً وقتياً فى المنقول بناءً على قاعدة « الحيازة تفيد الملك » ولكن حقه لا يزال باقياً قبل البائع ويترتب على ذلك انه اذا سقط حق المالك فى استرداد العين المبيعة من المشتري فلا يكون ذلك بمانع من مطالبة البائع بالتعويضات ما دام حقه قبله لم يسقط

وبعبارة أخرى اذا لم يستطع استرداد المبيع عيناً من المشتري فله استرداد قيمته من البائع . فيرجع عليه بثمن الشيء الذى باعه أو بالقيمة التى قبضها من المشتري ولو كان البائع حسن النية . اذ العدل يقضى بأنه لا يجوز لأحد أن يفتنى من مال الغير —
« ترولوج ج ١ فقرة ٢٤٣ والبانديك فقرة ٧٢٣ بيع ج ٥٩

٥٥١ — ومع ذلك يجوز للمالك الحقيقى أن يطالب البائع أيضاً بقيمة الزيادة التى تكون نشأت من تاريخ البيع الى وقت تقديم دعواه فضلاً عن المطالبة بقيمة المبيع

وقت البيع . فان قيمة المبيع وقيمة الزيادة هما المثلان تمثيلاً صحيحاً للشيء الذى لم يمكن استرداده عيناً بسبب سقوط الحق — انظر بودرى نمرة ١٢٥ والبانديكت فقرة ٧٠٤ بيع ج ٥٩

٥٥٢ — على أنه لو كان البائع سيء القصد فللمالك أن يطالبه بالقيمة الحقيقية للعقار إذا كان باعه بثمن بخس كما يطالبه بدفع جميع الثمن الذى يكون قبضه إن ظهر أنه زائد عن القيمة الحقيقية وذلك لأنه يجب عليه رد جميع ما أخذ لا سيما وأنه في هذه الحالة قد يكون نصاباً أو خائناً للأمانة — راجع تعليقات دالوز فقرة ١٧٥ مادة ١٥٩٩ والبانديكت فقرة ٧٣٤ بيع ج ٥٩ ومادة ٢٩٣ عقوبات

٥٥٣ — ويظهر ذلك بالأخص في حالة ما اذا كان البائع حائزاً للمبيع بعقد كاجارة أو وديعة . فاذا باع الشيء فانه يكون خالف نص العقد الذى بينه وبين المالك ويكون مسئولاً بمقتضى هذا العقد عن اصلاح جميع الضرر الذى يلحق المالك من فعله مدنياً كما قد يكون مسئولاً جنائياً

٥٥٤ — أما اذا لم يكن بين المالك والبائع عقد فمسئولية البائع المدنية تبنى على القاعدة العامة الواردة بمادة ١٥١ أهلى (٢١٣ مختلط) القاضية بأن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يستوجب لازومية فاعله بتعويض الضرر . ولذلك فإنه لا يلزم بالتعويض إلا اذا كان سيء النية . أما اذا كان حسن النية وقت البيع فلا يسأل مطلقاً عن تعويض الضرر وإنما يطالب بقيمة الثمن فقط — انظر حكم شين الجزئية ١٦ فبراير سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٨٦ وبلاد مادة ١٥١ والبانديكت ٧٠٢ و ٧٠٣ بيع ج ٥٩

٥٥٥ — أحكام — قد حكم بأن كل من سبب ضرراً للغير كان لازماً بتعويض الضرر . فمن باع ما لا يملك كان عليه اذا نزعت العين من يد المشتري أن يرد اليه الثمن والمصاريف ولا يحق للبائع والحالة هذه أن ينقص من قيمة الثمن قيمة ما انتفع المشتري من العين لأنه قد انتفع مقابل ذلك بفوائد الثمن — الاستئناف ٢ مارس سنة ١٩٠٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ وبلاد ٢٦٥ أهلى

٥٥٦ — وبأنه اذا اشترى شخص من الحكومة أرضاً من زوائد التنظيم على اعتقاد

أن الحكومة تملك ما باعته وبنى بها فليس من العدل أن يلزم بردها الى مالكها اذا اتضح أنها ليست ملكاً للحكومة بل تلزم الحكومة بأن تدفع الى المالك ما تساويه الأرض التي باعتها لا ما قبضته هي من الثمن — استئناف أهلى ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ الاستقلال صحيفة ٢٦٠ سنة ٧

٥٥٧ — وبأن المنقولات التي تباع على انها ملك للمدين بناء على طلب دائئه الذى رسا عليه مزادها وكان حسن النية لا يمكن للمالكها الحقيقي أن يستردها عيناً من الدائن المشتري ولا ان يرجع عليه بثمنها وانما للمالك حق الرجوع على المدين الذى اتفق من وراء المبيع — محكمة بنى سويف الاستئناف ١٧ اغسطس سنة ٩١٠ نمرة ٩٩ صحيفة ٢٠٥ سنة ١١ مجموعة رسمية

٥٥٨ — وبأنه اذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له الا ان يشاركهم فى التوزيع لانه ليس له امتياز عنهم أما اذا كان الثمن وزع بين الدائنين أو دفع الى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم الا اذا كان الدائن الحاجز سيئ النية فى هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة أن يطالبه بالثمن بل وبتعويضات — قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ٩٠٥ مجموعة سنة ٦ ص ١٢٢ وبلاد مادة ٤٦

٥٥٩ — اذا هلك المبيع وجب على البائع رد قيمته وجاز الزامه بالتعويضات اذا كان سيئ النية — تعليقات دالوز فقرة ١٨٤ مادة ١٥٩٩

أما الشريعة الاسلامية فتقضى بأنه اذا سلم الفضولى للمشتري العين التي باعها له بدون اذن مالكها فهلكت فى يد المشتري فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء من الفضولى أو المشتري وأيهما اختار ضمانه برئ الآخر — مادة ٣٠٢ مرشد الحيران

٥٦٠ — وحيث كان للمالك حق استرداد المبيع ونزعه من تحت يد المشتري فيجوز للمشتري أن يطلب البطلان قبل أن يرفع المالك دعواه

ويستخلص من ذلك أن حق المشتري فى طلب البطلان مترتب على خوفه من دعوى الاستحقاق ونزع المبيع منه . فان تبين ذلك كان له طلب البطلان وان لم يكن

من محل للخوف فلا يجوز له ان يبطل بنفسه حق تملكه الذى ليس لأحد أن يسلبه إياه .

ولهذا فى حالة بيع المنقول اذا كان المشتري حسن النية واستلم المبيع فلا يحق له طلب البطلان بناء على قاعدة « الحيازة فى المنقول دليل الملك »
أما اذا لم يكن استلمه جاز له طلب البطلان لعدم جواز التمسك بالقاعدة السابقة
وحينئذ يكون له مصلحة فى طلبه

واذا كان المشتري سيئ النية فله قبل الاستلام كما له بعده طلب البطلان لأن القاعدة لا تنطبق كما قدمنا (فقرة ٥٤٦) ويبقى دائماً عرضة لاسترداد المبيع منه بمعرفة المالك الحقيقى فله فائدة حينئذ من اثبات بطلان البيع قضائياً وعلى ذلك تكون دعواه مقبولة — البانديكت فقرة ٧٣٥ و ٧٣٦ بيع ج ٥٩

المبحث الثانى — فى اجازة المالك للبيع

٥٦١ — صرح القانون فى المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣) مختلط أن بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع يصح اذا أجاز له المالك الحقيقى
ومفاد ذلك أن بطلان البيع الوارد على ملك الغير هو بطلان نسبي لأنه من المقرر أن الاجازة لا تلحق غير العقود القابلة للبطلان — انظر بلايول فقرة ١٢٩٦ ج ٢ و فقرة ٤٩٨ السابقة

٥٦٢ — والاجازة كما تكون بالصرحة تكون بالدلالة . وتقدير الاجازة الضمنية أمر متعلق بتقدير القضاء يقدره بحسب ظروف كل حالة

٥٦٣ — ويترتب على الاجازة نقل ملك المبيع للمشتري وارتفاع البطلان وبالتالي سقوط حق المالك فى الاسترداد وحق المشتري فى الطعن بالبطلان انما يجب حصول الاجازة قبل أن يكون المشتري طلب البطلان كما أوضحنا ذلك فى فقرتي ٥١٢ و ٥١٣ السابقتين . وذلك لأن الاجازة تفيد دلالة العدول عن الاسترداد .

والرضا بنقل الملك للمشتري فلا يجوز للمشتري حينئذ أن يطلب البطلان لأن الغرض الذي كان يرمى إليه من مباثرة الشراء وهو نقل الملك تحقق برضاء المالك فأصبح لامصلحة له في طلب البطلان . ومتى عدت المصلحة انعدمت الدعوى —
« باندكت فقرة ٧١٨ بيع ج ٥٩ »

في مفعول
الاجازة

٥٦٤ — ولكن اذا أجاز المالك الحقيقي البيع فمن أى وقت يعتبر انتقال الملك للمشتري هل يعتبر من وقت الاجازة أو من وقت البيع ؟

فلمسألة فائدة عملية اذ من المحتمل ترتب حقوق عينية من المالك الحقيقي أو المشتري على المبيع في المدة التي انقضت بين البيع والاجازة . فاذا استند انتقال الملك الى وقت العقد كانت التصرفات العينية الصادرة من المالك الحقيقي باطلة والصادرة من المشتري صحيحة . أما اذا استند الى وقت الاجازة فتعتبر تصرفات المالك صحيحة لأنه يعتبر مالكا الى أن أجاز

والرأى المتبع انه اذا أجاز المالك الحقيقي البيع فلا يكون لاجازته مفعول إلا من وقت صدورهما فقط ولا تأثير لهما على الماضي اذ لا يسوغ أن يترتب على الاجازة ضرر لأصحاب الحقوق العينية الذين يكونون اكتسبوها من المالك الحقيقي قبل تاريخ حصولها وحفظوها قانوناً

٥٦٥ — ويجب تسجيل الاجازة لانها هي الناقلة للملك المبيع للمشتري لا عقد البيع الصادر من البائع وهو غير مالك وطالما أن التسجيل لم يحصل فيجوز للغير أن يكسب حقوقاً عينية على العقار من نفس المالك ولو بعد صدور الاجازة منه لأنه لا يحتاج بالعقود الناقلة للملك على الغير إلا بتسجيلها — قارن في ذلك بودرى فقرة ١٢٥ مكررة ودوهرس فقرة ٢٠ بيع ج ٤

٥٦٦ — ويستخلص من ذلك أن الملكية تنتقل للمشتري مثقلة بالحقوق المترتبة عليها من جانب المالك الحقيقي

٥٦٧ — ويجب على كل حال لمنع دعوى البطلان بالاجازة أن تكون اجازة

المالك مانعة من خطر الاستحقاق في المستقبل فلو بقي المشتري مهتداً بجواز نزع ملكية المبيع منه جاز له طلب البطلان ولو مع حصول الإجازة . مثال ذلك بيع مال ظهر انه لقاصر ولكنه أجازته فإجازته هذه لا تمنع المشتري من طلب بطلان البيع قبل البائع لأن للقاصر أن يرجع في إجازته بعد بلوغ رشده^(١)

اساس تصحيح
البيع بالاجازة

٥٦٨ — قرر القانون أن يبيع ملك الغير يصح اذا أجازته المالك الحقيقي ولكن الظاهر ان الحكمة من تصحيح هذا البيع بإجازة المالك لا تتركز على أساس قانوني اذ يجب النظر في تقدير شروط صحة أى عقد وبطلانه الى عناصره المكونة له لا الى أمور خارجة عنه . صحيح أن هذا العقد باطل بطلاناً نسبياً وكل بطلان نسبي يجوز تصحيحه بالاجازة . ولكن يجب أن تصدر من له الحق بالتمسك بالبطلان وهو المشتري فلا يصح أن تصدر من البائع ولا من المالك وهو أجنبي عن العقد ولا ضرر على حقه منه . فلا معنى حينئذٍ لأن إجازة المالك تصحيح بطلان عقد لم يشترك فيه ولن يمسسه منه سوء

٥٦٩ — ولكن المحاكم الفرنسية لم تجر على تلك القواعد مدفوعة بمؤثرات عملية لهذا قررت بأنه لو حصلت الاجازة أو امتلك البائع المبيع زال الخطر عن المشتري لأنه لا يخشى نزع ملكية المبيع . وعلى ذلك لا يكون له مصلحة في طلب بطلان عقد رغب فيه ورضى به بعد أن استقر له ملكه ولهذا تعتبر أن البطلان يزول بالاجازة وبالاتلاك — انظر بلايول فقرة ١٤٢٨ ج ٢

٥٧٠ — ولسنا ندرى إن كان القانون المصري جاري القضاء الفرنسي حينما نص على صحة بيع ملك الغير بإجازة المالك الحقيقي أو استمد النص من الشريعة الاسلامية . فان الشريعة الاسلامية وان كانت تقضى حقيقة بصحة البيع اذا أجازته المالك إلا أن ذلك مقبول في بيع الفضولى فان الفضولى بالاجازة يصير وكلاً

(١) يذكر الشراح الفرنسيون مثلاً آخر لهذه الحالة حكمت فيه محاكمهم وموضوعه أن المشتري طلب بطلان البيع بعد الاجازة اذا خشي من خطر وجود رهن تأميني لمصلحة زوجة المالك . بودرى فقرة ١٢٥ كتاب البيع

وربما كان هذا مبعث الفكرة التي أبدأها بعضهم بأن اجازة المالك تجعل عقد بيع ملك الغير في حكم التعهد بالحصول على تصديق المالك^(١) وبذلك تسرى على العلاقة بين المالك والبايع بعد الاجازة أحكام الوكالة وللمالك الرجوع على البايع بالثمن اذا كان دفع اليه بناء على ذلك — راجع هلتون فقرة ٦ ص ٢١ ج ٢ وقرة ٥٧٤ الآتية عبارة أخيرة

٥٧١ — أما في الشريعة الاسلامية فحكم الاجازة في البيع الموقوف انها اذا احكام الاجازة حصلت تجعل الملك تاماً للمشتري من وقت الشراء

ويعلل الفقهاء ذلك بأن سبب الملك هو عقد البيع الموقوف (الصادر من الفضولي) وكان تاماً في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك للمشتري لما منع وهو حق المالك فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لأن الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة — فتح القدير ص ٣٠٦ ج ٥ والزيلعي ص ١٠٣ و ١٠٤ و ١٠٨ ج ٤

وهي نظرية تتشى مع حكم بيع الفضولي لأنه يجب أن يبيع الفضولي باعتبار أن المبيع ملك لغيره لا ملك لنفسه

٥٧٢ — على ان حقوق الغير بحسب قواعد الشريعة محفوظة أيضاً اذ من المقرر أن بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على اجازتهما وبذلك تحفظ حقوقهما — « مادة ٢٩٩ مرشد الخيران »

٥٧٣ — أما والرهن لا يمنع البيع قانوناً فيجب أن لا تضر به الاجازة ومعلوم أنه لو ثبت حكمها مستنداً الى وقت العقد لتضرر المرتهن لأن الملكية اذا اعتبرت منقولة من وقت العقد أفاد ذلك ان المالك وقت ان رهن لم يكن مالكاً على ان الرهن صدر منه قبل الاجازة أى قبل زوال الملك عنه ومتى سجل جاز الاحتجاج به على الغير (وهو هنا المشتري) عملاً بنص المادة ٦١١ أهلى (٧٣٧ مختلط)

٥٧٤ — ويشترط بحسب الشريعة الاسلامية لصحة الاجازة الصادرة من

(١) Obligation de porte-fort وانظر الكلام عليه فيما يأتي فقرة ٥٩٣

المالك بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمعقود له (أى المالك) وذلك لأن الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه ولا يقوم العقد الا بهذه الأشياء كما ان الاجازة تأخذ حكم الانشاء — انظر مادة ٣٠١ مرشد الحيران

وقد شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لا ينتقل الا بعد الاجازة فاذا هلك فلا يمكن انتقاله .. وشرط بقاء المشتري ليلزمه الثمن إذ بعد الموت لا يلزمه الثمن ما لم يكن لزمه حال أهليته . والبائع لأنه تلزمه حقوق العقد بالاجازة وهى لا تلزم الا حياً . والمالك لأن الاجازة تكون منه لا من وارثه (المفروض فى ذلك كله بيع الفضولى) واذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشتري والثمن مملوكاً له أمانة فى يد الفضولى لأنه صار بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة — فتح القدير ص ٣١٢ ج ٥ ومادة ٣٠٢ مرشد الحيران

٥٧٥ — ويلزم كذلك ان يصدر البيع وله مجيز وقت العقد فان لم يكن له مجيز انعقد باطلاً مثال ذلك بيع مال الصغير والمجنون ولا وصى أو قيم لهما فالبيع لا يصح لأنه لا مجيز له وقت صدوره — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٦ — أما لو باع انسان مال يتيم ثم جعله القاضى وصياً له فأجاز ذلك البيع صح لأنه صار يملك العقد فيملك الاجازة ولا يمنع كونه كان العاقد بنفسه أو لا — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٧ — والمراد بالمجيز كل من له ولاية امضاء ذلك الفعل من مالك أو ولى كأب وجد ووصى وقاضٍ — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٨ — ومن ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على اجازة ذلك القاضى أو اجازته بعد بلوغه — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٩ — والاجازة كما تكون صريحة تكون ضمنية فأخذ الثمن من المشتري أو طلبه منه يعد اجازة — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧

٥٨٠ — واذا بدر من المالك ما يفيد عدم اجازته بيع الفضولى ثم أراد بعد ذلك

اجازته فلا تصح الاجازة لأن البيع يكون فُسخ بما وقع منه أولاً والمفسوخ لا يجاز —
« ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨ وهذا يشبه ماورد في فقرة ٥٢٠ فقارن بينهما »

٥٨١ — نص الفقهاء على أنه لو باع فضولى عيناً وأجرها فضولى آخر فأجيز
التصرفان معاً (أى أجاز المالك البيع والاجارة) ثبت الأقوى فيجوز البيع وتبطل
الاجارة لأن البيع أقوى . وهكذا تعتبر الهبة أقوى من الاجارة اذا وهب العين
شخص وأجرها آخر

والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن . والبيع أحق من الهبة
لأن الهبة تبطل بالشيوع — فتح القدير ص ٣٢٢ جزء ٥

٥٨٢ — ولكن مسألة اجازة التصرفين معاً في الغالب مسألة نظرية اكثر منها
عملية . على انها لو صحت الآن فتحل قانوناً بحسب قواعد التسجيل فمن سجل أولاً
فضل من جهة مراعاة حقوقه . فان حصل بيع ورهن مثلاً على ملك الغير وأجيزا وكان
البيع سجل أولاً احتج به على الغير وهو المرتهن . وان سجل الرهن فلا يمنع البيع ولكن
الملك ينتقل الى المشتري مشغولاً به . وكذلك الحال في الاجارة فان كانت ثابتة
التاريخ جاز التمسك بها على المشتري والا فلا — ٣٨٩ أهلى و ٤٧٤ و ٤٧٥ مختلط

الفرع الرابع — في العقاب على بيع ملك الغير

٥٨٣ — نصت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات الأهل على عقاب من يتصرف
في مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه واعتباره نصيباً اذا
كان التصرف بسوء قصد وتوفرت فيه أركان المادة المشار اليها . أما اذا كان التهم
يعتقد حقاً انه يجوز له اجراء هذا التصرف فلا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما لما يقتضيه
ما ورد في المادة من قوله « وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها »

٥٨٤ — واذا كان موضوع الجريمة عيناً من الأعيان الثابتة تكونت الجنحة التي

كانت معروفة في القانون الفرنساوى بـ (Stellation)

أما إذا كان موضوعها منقولاً فالغالب ان يكون تطبيق هذه المادة نادر الحصول ولكنه يكون معاقباً عليه عادة كسرقة أو خيانة أمانة وقعت اضراً بالمالك الحقيقي — « راجع التعليقات الصادرة من نظارة الحفانية على قانون العقوبات وتحقيق الجنايات »

الفرع الخامس — في حدود تطبيق المادة ٢٦٤ والأحوال التي تدخل في حكمها والتي لا تدخل

٥٨٥ — صرح القانون في مادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) ان البيع الذى يلحقه البطلان هو بيع الشئ « المعين » الذى لا يملكه البائع والمراد بذلك الأشياء المعينة بذاتها كبيع منزل خاص أو أرض معينة فخرج بيع الأشياء المعينة بنوعها كقمح وقطن وهكذا

في قصر النهى على بيع الاشياء المعينة

وسبب ذلك ان البيع ينقل الملك بمجرد التعاقد في الأشياء المعينة بذاتها (١) ولما كانت الملكية لا تنتقل الا من مالك فيتعذر نقلها شرعاً من غير مالك وعلى ذلك لا ينتج البيع أهم حكم له فيكون باطلاً فعلة البطلان في الواقع هي استحالة نقل الملك في الحال بمجرد التعاقد . فكما انعدمت هذه العلة انعدم معلولها وهو البطلان وكان البيع صحيحاً

ويظهر انعدامها في حالتين :

٥٨٦ — الحالة الأولى — اذا كان المبيع معيناً بنوعه فقط كالأشياء الجنسية أو المثلية مثل قمح أو قطن أو قصب فالمادة لا تنطبق لأن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد وانما تنتقل بالتسليم — انظر مادة ٢٦٨ أهلى و ٣٣٨ مختلط

بيع الاشياء المعينة بنوعها

وما دامت الملكية لا تنتقل الا بالتسليم فلا محل للقول بأن البائع باع ملك الغير لأن في وسعه الحصول على الأشياء المبعة وتمليكها للمشتري في الميعاد المحدد للتسليم

(١) انظر مواد ٢٦٦ و ٢٦٧ أهلى و ٣٣٦ و ٣٣٧ مختلط والمادة ٩١ الواردة في باب التعهدات العامة

٥٨٧ — والواقع أن بيع الأشياء المعينة بنوعها لا يعد بيعاً تاماً بمجرد التعاقد بل بيعاً متجهاً لمجرد تعهدات تقضى على البائع أن ينقل ملكية ما باعه للمشتري وليس بلازم لصحته أن يكون البائع مالكا للمبيع عند التعاقد بل يكفي قياماً بتنفيذ تعهده تنفيذاً قانونياً أن يكون مالكا له وقت التسليم حتى يملكه المشتري — البانديكت

فقرة ٧٩٣ بيع ج ٥٩ وبلانيول فقرة ١٤١٨ ج ٢ ودوهلس فقرة ٧ بيع ج ٤

٥٨٨ — ومما تجب ملاحظته ان بيع الأشياء المعينة بنوعها الغير مملوكة للبائع وقت البيع كثير الحصول في المعاملات التجارية وبالأخص في بيع السلم والمضاربات فالبايع يبيع مقداراً من القطن ليس في حيازته وقت البيع ويحدد لتسليمه ميعاداً في زمن الحصول فيحصل بهذه الكيفية على جانب من الثمن وقت التعاقد . أما في المضاربات فللمضارب أمل الاستفادة من هبوط السعر اذا أتيح له أن يشتري بثمن أرخص مما باع وهذا هو السر في طمع المضاربين والسبب الذي يدفعهم للمضاربة في الأقطان والحبوب وغيرها مما جرى التعامل به في البورصة كالأسمه أو السندات التي لحاملها

فهذا البيع وان كان وارداً في الحقيقة على ملك الغير عند البيع ولكنه صحيح لانه ظاهر من طبيعة العقد ان المقصود به بيع منتج لمجرد تعهدات أى ملزم للبائع بأن يحصل على ما باعه وان ينقل ملكيته للمشتري عند التسليم وليس المقصود به بيعاً ناقلاً للملك في الحال بمجرد التعاقد

٥٨٩ — ولقد أدى العرف في المضاربات الى الاقتصار على مجرد دفع الفروق المستحقة بسبب هبوط الأسعار أو ارتفاعها والاستغناء عن التسليم الحقيقي في الميعاد المحدد وتضاربت أحكام المحاكم المختلطة في صحة هذه البيوع بادية بدء ثم اضطر الشارع لشيوعها وكثرة التعامل بها الى اجازتها فاصدر القانون نمره ٢٣ لسنة ١٩٠٩ وصرح فيه بأن « الأعمال المضافة الى أجل المعقودة في بورصة مصرح بها طبقاً لقانون البورصة ولوائحها وتكون متعلقة بيضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة تعتبر

صحته ولو كان
الغرض مجرد دفع
فروق

مشروعة وصحيحة ولو كان قصد المتعاقدين منها أنها تؤول الى مجرد دفع الفرق
ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول الى مجرد دفع فروق اذا
انعقد على ما يخالف النصوص المقدمة — مادة ٧٣ معدلة من القانون التجارى

٥٩٠ — الحالة الثانية — اذا كان المبيع عيناً معينة واتفق المتعاقدان على أن
يكون البيع منتجاً لمجرد تعهدات فقط كالتعهد بأن يبيع زيد بئمن معلوم ملك عمرو
الذى سعى أو يسعى فى شرائه من مالكه أو يبيع جزء من الأرض التى طلب شراءها
من الحكومة فان حكم المادة ٢٦٤ لا ينطبق لان هذا البيع وليس ناقلاً للملك فى الحال
باتفاق المتعاقدين ومثل هذا التعهد جائز بناء على حرية الاتفاقات فليس من الاركان
الجمهوريه للبيع أن تنتقل الملكية فى الحال للمشتري وانما انتقال الملك يترتب على
طبيعة العقد فى الأشياء المعينة بذاتها (مادة ٢٦٧ و ٣٣٧ مختلط) . فاذا لم ينص
العاقدان على ما يغيرها كان المفترض أنهم أرادوا عقداً ناقلاً للملك . أما اذا نصوا
على غير ذلك فهم عند شرطهم ويعتبر نصهم اذ الاتفاق قانون المتعاقدين ما لم يخالف
النظام أو الآداب

بيع منتج لمجرد
تعهدات

على انه يستفاد من أحكام المادة ١١٨ أهلى (١٧٥ مختلط) صحة هذا التعاقد
فقد أجاز القانون للدائن أن يضع يده على الدين اذا كان عيناً معينة وحدث ملكه
للمدين بعد التعهد

٥٩١ — ويترتب على هذا التعاقد جميع أحكام البيع ما عدا نقل الملك فانه
لا مانع يمنع المشتري من أن يترك الزمن الكافى للبائع للحصول على المبيع بعد اجراء
العقد كما لا مانع يمنع البائع من اشتراط تأخير نقل الملك حتى يدفع اليه الثمن ولكنه
لا يسعى بيعاً بل عقداً غير مسمى يقضى بأن المتعهد يلتزم بشراء العقار المطلوب لبيعه
للمشتري فالبيع لا يحصل فى الواقع الا اذا تم شراء العقار فعلاً ومن تاريخ شرائه .
أما قبل هذا الوقت فكان التزاماً بعمل شئ فاذا نجح المتعهد فى الشراء نفذ تعهده
واذا لم ينجح استحال عليه الوفاء بعهده والزم بالتضمنات كما هى الحال فى سائر

احكام

التعهدات القاضية بعمل شيء — انظر بودان كتاب البيع فقرة ١٠٣ وما بعدها • وبلائيول

فقرة ١٤١٨ ج ٢ • وبودرى فقرة ١١٦ وأوبرى ورو طبعة رابعة ج ٤ ص ٣٥٧ فقرة ٣٥١

٥٩٢ — يُستخلص مما تقدم القاعدة الآتية :

كل بيع ناقل للملك في الحال بمجرد التعاقد يكون باطلاً اذا صدر من غير مالك
ويعد بيعاً للملك الغير . وينحصر ذلك في بيع الأشياء المعينة بذاتها

وكل بيع لا ينقل الملك في الحال بسبب محله (الحالة الأولى) أو قصد المتعاقدين
(الحالة الثانية) يكون صحيحاً ولو ورد على شيء غير مملوك للبائع وقت التعاقد ولا
يعد بيعاً للملك الغير

٥٩٣ — كذلك لا يدخل تحت حكم المادة ٢٦٤ التعهد الصادر من شخص
بائع ملك آخر وتعهد بقبوله واجازته للبيع^(١) وانما تسرى عليه القواعد العمومية المقررة

للتعهدات . لهذا يجب الاحتياط في التفريق بينه وبين بيع ملك الغير . ولقد نص القانون
الفرنساوى على هذا التعهد في المادة ١١٢٠^(٢) وأشارت اليه المادة ٣٣٥ مختلط ونصها:
اذا تعهد غير المالك لشيء معين « بنقل ملكيته والانتفاع به^(٣) » لاخر ثمن معين
فيحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العمومية المقررة للتعهدات الاتفاقية

وهذه المادة لم تنقل للقانون الأهلى وربما كان سبب إغفالها غموض نصها ورداءة
عبارتها مضافين الى كونها تحيل على القواعد العامة ولم تأت بشيء جديد . فقد يحار
المطلع عليها فلا يدري أهى تقصد في الحقيقة البيع بطريق التعهد عن الغير أو البيع
القاضى بشراء ملك الغير ثم تملكه المشتري باتفاق المتعاقدين

٥٩٤ — ويترتب على التعهد بقبول الغير انه اذا نجح التعهد في أخذ تصديق

(١) Obligation on clause de porte — fort.

(٢) هذا نصها : « ومع ذلك فيمكن للانسان أن يعتقد عقداً عن الغير ويتعهد بقبول ذلك الغير
للعقد واجازته له وفي حالة عدم القبول يكون التعهد عن الغير أو الواعد بالحصول على اجازته
مسئولاً عن التعويضات

(٣) وعبرة النص الفرنساوى هي

à en faire transférer la propriété et la jouissance

من المالك بالبيع خلت مسؤوليته لأنه قام بنفاذ ما تعهد به وسرت حينئذٍ على العلاقة بين المالك المصدق وبين المشتري أحكام البيع فيعتبر المالك بائعاً والمتعهد المذكور وكلاً عنه . أما إذا أخفق ولم يستطع الحصول على قبول المالك اعتبر متعهداً بعمل شيء لم يستطع تنفيذه فيلزم بالتعويضات حتى ولو كان المشتري لا يجهل أن الشيء مملوك لغير المتعهد — باندكت بقرة ٧٤٢ بيع ج ٥٩ وبودري المطول فقرة ١٢٢ ودو هلس فقرة ١٦ بيع ج ٤

٥٩٥ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يسلم في ميعاد معين محصولاً من زراعة غيره متعهداً بالحصول على تصديقه تحت مسؤوليته الشخصية ولكنه لا يشتمل على إيصال بدفع الثمن مقدماً ولا التزام صريح بالشراء لا يعد بيعاً حقيقياً ولا وعداً من جانب البائع بالبيع ولكنه عقد غير مسمى . وفي حالة عدم الوفاء يكون المتعهد مسؤولاً بحسب نص المادة ٣٣٤ مختلط (٢٦٥ أهلى) لا بحسب نص المادة ٣٤٩ مختلط (٢٧٨ أهلى) ويكون حينئذٍ للمشتري الحسن النية الحق في التعويض متى كان البائع باع شيئاً يعلم أنه غير مملوك باعتبار أنه ملكه وتقدر التعويضات بحسب القواعد العمومية

الآ أنه في تقدير التعويض تقدر مسؤولية الشخص الذي يضمن عمل الغير بكيفية أرقى من التي تقدر بها مسؤولية شخص يبيع شيئاً له حرية التصرف فيه لأن العقد في الحالة الأولى هو بطبيعته عقد مضاربة ومخاطرة — مختلط ٧ يونيو سنة ٩٠٠ ص ١٢ ص ٣١٣ فقرة ٤٣٤٦ مجموعة ثانية

٥٩٦ — كذلك لا يعد بيعاً لملك الغير المتعهد القاضى بنقل الحيابة الهادئة والنافعة لشيء مملوك للغير لأن البائع لم يتعهد بنقل الملك بل تعهد بنقل الحيابة وعلى ذلك لا يعد التعاقد بيعاً بل عقداً غير مسمى ولكنه جائز قانوناً والمشتري أن يطلب وضع يده على المبيع فإذا لم يسلمه له البائع أو سلمه له ثم نزع من تحت يده أو نازعه في الحيابة شخص آخر ألزم البائع بالتعويض باعتباره ضامناً للانتفاع — باندكت ٧٤٦ بيع ج ٥٩

التعهد بنقل
الحيابة

٥٩٧ — يجوز للإنسان أن يبيع الأشياء التي يملكها تحت شرط فاسخ أو موقف. بيع الملوک
بشرط فاسخ أو
موقف فهذه الأشياء لا تعد ملكاً للغير. والتشكك في بقاء الملكية للبائع أو في زوالها بسبب اتمام أو عدم اتمام الشرط لا يجعله بائعاً لشيء لا يملكه. فالبيع صحيح بغاية الأمر أنه لا ينقل للمشتري من الحقوق أكثر مما للبائع أي ينقل له حقاً معلقاً على نفس الشرط وبعبارة أخرى حقاً احتمالياً يجوز تأييده كما يجوز زواله. وليان ذلك تتكلم على كل حالة من حالات التملك بشرط على حدتها

٥٩٨ — الحالة الأولى — اذا باع شخص شيئاً يملكه ملكاً معلقاً على شرط في الملوک
بشرط موقف موقف فاما أن يبيعه بيعاً معلقاً على نفس هذا الشرط أو يبيعه بيعاً باتاً منجزاً

١ — فاذا باعه بيعاً معلقاً على نفس الشرط فالبيع جائز وتوقف حينئذٍ صحته وبطلانه على الحادثة المستقبلية : ١ — فاذا تم الشرط صح البيع لأن مفعول الشرط يستند الى الماضي وبذلك يعتبر البائع أنه كان مالكا وقت البيع . ٢ — أما اذا لم يتم الشرط بطل البيع حيث يكون وارداً على شيء غير مملوك للبائع لأن عدم اتمام الشرط يؤثر على الماضي فيعتبر البائع أنه لم يملك المبيع مطلقاً وحينئذٍ لا يمكن اعتباره مالكا وقت البيع

ب — أما اذا باعه بيعاً منجزاً فلا يخلو الحال كذلك من أمرين : اما أن يتم الشرط أولا يتم

١ — فان تم الشرط صح البيع لأن البائع يصير مالكا بتحقيق الشرط ومتى أصبح مالكا فلا يجوز للمشتري طلب البطلان لأن الملكية تنتقل اليه

٢ — واذا لم يتم الشرط كان للمشتري أن يطلب بطلان البيع باعتباره وارداً على ملك الغير وان يمتنع عن دفع الثمن أو يسترده ان كان دفعه وذلك لأنه يترتب على عدم اتمام الشرط زوال حق البائع في الملكية زوالاً يسرى على السابق واللاحق وحينئذٍ يكون البائع باع ما لا يملك . ويجوز للمشتري أن يطلب كذلك تعويضاً اذا

توفرت شروط استحقاقه بحسب ما ينال في الفرع الثاني — فقرة ٥٢٨ وما بعدها

٥٩٩ — الحالة الثانية — اذا باع شخص شيئاً يملكه بشرط فاسخ طبقت نفس القواعد السابقة فانها في الحقيقة عبارة عن تطبيق للقواعد العمومية للبيع المعلق على شرط — انظر مادتي ٢٦٩ و ١٠٥ اهل و ٣٣٩ و ١١٥ مختلط

وعلى ذلك يكون البيع صحيحاً اذا كان معلقاً على نفس الشرط ويجوز ابطاله اذا كان منجزاً ووقع الأمر المعلق عليه الشرط كما في حالة البيع الوفاي فان المشتري وفاء يملك المبيع بمجرد العقد (مادة ٣٤٠ اهل و ٤٢٤ مختلط) فاذا باعه يبعاً معلقاً على هذا الشرط فلا خلاف في صحته أما اذا باعه يبعاً منجزاً ثم تم الشرط بأن دفع له البائع وفاء الثمن والمصاريف القانونية فسخ البيع الوفاي وعلى ذلك يفسخ البيع المنجز الصادر منه أيضاً أما اذا لم يتم الشرط فالبيع صحيح لأن البائع يستمر مالكا . وللمشتري في حالة اتمام الشرط أن يطلب البطلان لأن البائع يكون باع له ما لا يملك بالنظر لمفعول الشرط الذي يؤثر على الماضي وان كان المبيع نزع من يده فله رفع دعوى الضمان على البائع

وانما يلاحظ أن للمشتري منجزاً طلب بطلان البيع اذا لم يوجد اتفاق صريح بينه وبين البائع على البيع بهذه الكيفية

٦٠٠ — أما اذا صرح المتعاقدان في الشروط بأن أحدهما يبيع والآخر يشتري حقاً معلقاً على شرط فاسخ أو موقف مقابل ثمن مستحق الأداء أو أدى فعلاً فالبيع لا يبطل ولو لم يتحقق الشرط اذا كان موقفاً أو تحقق اذا كان فاسخاً وذلك لأن البيع في هذه الحالة لا يكون وارداً على نفس الشيء المعلق على الشرط بل على الأمل في امتلاكه أي أن البيع في هذه الحالة يكون من عقود الغرر المعلقة على مجرد الصدفة » انظر بودري الطول فقرة ١٢ والبانديك فقرة ٧٤٩ بيع ج ٥٩ «

٦٠١ — بينا أنه اذا تم الشرط الموقف قبل حصول البطلان امتلك البائع المبيع وصح البيع الصادر منه ولم يكن حينئذٍ للمشتري أن يطلب البطلان كما هي الحال اذا تم له الملك بأي طريق آخر من الطرق المكسبة للملكية كالشراء أو الإرث — » انظر فقرة ٥١٩ السابقة «

في الفرق بين امتلاك البائع للمبيع بتحقيق الشرط وامتلاكه بسبب آخر

غير انه يلاحظ أن هناك فرقاً كبيراً بين اكتساب الملكية بتحقيق الشرط واكتسابها بالطرق الأخرى

٦٠٢ — ويان ذلك أنه في حالة امتلاك البائع للمبيع بسبب آخر كشرائه مثلاً فالبيع الصادر منه ينقلب صحيحاً ولكن صحته لا تسرى على الماضي بل يحدث مفعولها من تاريخ الامتلاك بعكس حالة تحقق الشرط فان مفعول الشرط يستند الى تاريخ نفس العقد . وينبنى على ذلك انه اذا ترتبت حقوق عينية من المالك على العقار في المدة التي انقضت بين بيعه وامتلاك البائع له بطريقة أخرى غير طريقة تحقق الشرط فهذه الحقوق العينية تبقى قائمة وقد يترتب على بقائها ضرر جسيم للمشتري يسمح له أن يطلب إما بطلان البيع أو التعويض على حسب الأحوال

أما التصرفات والحقوق العينية التي تكون صدرت من البائع على العين المذكورة قبل امتلاكه لها فتعتبر أنها صادرة من غير مالك ولا تأثير لها على حق المشتري منه « دوهلس فقرة ١٤ بيع ج ٤ »

٦٠٣ — وعلى العكس من ذلك إذا آلت الملكية للبائع بتحقيق الشرط الموقوف فان الملكية تنتقل الى المشتري خالية من كل حق ترتب من قبل المالك الأصلي في خلال المدة المعلق فيها الشرط وذلك لأنه اذا تحقق الشرط استند مفعوله الى تاريخ العقد — مادة ١٠٥ و ٢٦٩ امل

مثال ذلك باع زيد منزله الى بكر اذا تزوج ابنه فتنازل بكر عن هذا المنزل الى خالد ثم رهنه زيد رهناً عقاريّاً الى خليل وعقب ذلك تحقق الشرط بزواج الابن فبتحقيق الشرط يصبح بكر مالكاً للمنزل وتنتقل ملكيته من بكر الى خالد المتنازل اليه خالياً من حق الرهن الحاصل من المالك . وحينئذٍ يضيع على خليل حقه في الرهن

على ان حق الرهن لا يسقط بحسب القانون المختلط اذا كان الدائن المرتهن مجهول تعلق ملك المدين على شرط وقت الارتهان — مادة ٣٤٠ مختلط

٦٠٤ — ومن المعلوم أنه لأجل أن ينقلب البيع صحيحاً في هذه الحالة يتعين أن لا يكون المشتري قد أبدى رغبته في التمسك بطلان العقد بناء على أنه كان يجهل تعليقه على الشرط الموقوف وقت الشراء — دوهلس فقرة ١٥ بيع ج ٤

٦٠٥ — اذا باع شريك عيناً شائعة بغير رضا باقى الشركاء فهل يعتبر أنه باع ملك غيره وهل للمشتري أن يطلب بطلان البيع فى الحال أو يجب عليه انتظار نتيجة القسمة وما حكم هذا البيع بالنسبة لباقى الشركاء

فى بيع الملك
المشاع

ليان ذلك نقول إنه لا يخلو الحال من أمور : — ١ — فإما أن يكون الشريك باع مجرد حصته شائعة فى الملك المشترك أو مجرد حقه الاحتمالى فى امتلاكه — ٢ — واما ان يكون باع عيناً مشاعة بأكملها كأنها ملكه كبيت أو حصة معينة على التحديد كطبة فى بيت أو فدان من أرض مشتركة

٦٠٦ — فاذا باع الشريك حصته فقط على الشيوع فقد باع ما يملك وبيعه صحيح جائز قانوناً وعلى ذلك يحل المشترك محل البائع فى الشيوع ويأخذ ما كان يؤول إليه بموجب القسمة أو يبيع العقار لتعذر قسمته عيناً — انظر مواد ٢٦٠ و ٤٦٢ أهلى (١) (٣٢٧ و ٥٦١ مختلط) و ٦٤١ مرشد الحيران

ومثله ما اذا باع حقه الاحتمالى فى امتلاك العين المشاعة وذلك لأن المبيع فى هذه الحالة ليس هو الشئ ذاته بل مجرد الحق فى احتمال امتلاكه والتنازل عن مجرد الحقوق ولو كانت على الشيوع جائز لم يجرمه نص — انظر بودرى المطول فقرة ١٢١ والبانديك فقرة ٧٦٤ بيع ج ٥٩

٦٠٧ — فى الصورتين السابقتين لا محل للقول بأن البائع باع ما لا يملك ومحل الخلاف ما اذا حصل البيع بالكيفية الواردة فى الحالة الثانية وهى حالة بيع عين مشاعة بأكملها أو حصة معينة فيها كما هو الغالب فى البيوع التى تحصل بمعرفة العامة

(١) صرحت المادة الأولى بمجواز بيع الحقوق المشاعة وأباحت المادة الثانية للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير مقابل قيامهم بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة

ولزيادة الايضاح نتكلم على حكم البيع بالنسبة للمتعاقدین (البائع والمشتري)
أولاً ثم نتكلم على حكمه أى الأثر المترتب عليه بالنسبة لباقي الشركاء ثانياً

٦٠٨ — فنياً يتعلق بحكم هذا البيع بالنسبة للمتعاقدین وهل هو صحيح أو باطل
باعتباره بيع ملك الغير يجب أن نین أولاً بأن منشأ الخلاف أن الشريك الذى باع
هو فى الحقيقة مالك وإنما بالاشتراك مع غيره من الشركاء وحقه غير مفرز عن حقهم
ولا منفصل عنه فان جاز له أن يتصرف فى حقه فلا يجوز له التصرف فى حق شريكه
بل هو كما يعبر الفقهاء كالأجنبي فى الامتناع عن التصرف المضر فى حصة شريكه
وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرّاً بأى وجه كان من غير رضاه (مادة ٦٤٠
مرشد الخیران). فكأن يبعه فيما زاد عن نصيبه هو يبع لما لا يملك لانه من حقوق
باقي الشركاء

ولكن من جهة أخرى حق كل شريك فى الملك الشائع تابع لنتيجة القسمة التى هى
مبينة للملكية لا منشئة لها وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء
تعتبر أنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة وبعدها ويعتبر أنه لم يملك غيرها من
الاموال التى قسمت (مادة ٤٥٧ أهلى (١))

وعلى ذلك اذا باع شريك عيناً شائعة بأكلها ثم آلت اليه بالقسمة فيكون باع
ما يملك ويبيعه صحيح أما اذا آلت لشريك آخر فيعتبر البائع انه لم يكن مالکاً لها
مطلقاً وحينئذٍ يكون باع ما لا يملك ويبيعه باطل وكذلك الحال اذا آل بعض المبيع

(١) يلاحظ هنا أن هناك فرقاً بين القانون الأهلى الذى جرى على مبدأ القوانين الفرنسية
(مادة ٨٨٣) من جهة اعتبار القسمة مبينة للملك وبين القانون المختلط فقد نصت المادة ٥٥٥
منه على أن قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع من كل شريك فى حصته الشائعة الى الشريك الذى
آلت اليه تلك الحصة ويترتب عليها الأحكام المترتبة على البيع. فهذه المادة تفيد أن القسمة منشئة
للملك اخذاً بمبدأ الشريعة الإسلامية (المجلة ١١١٦ وابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥) ولكن
المحاكم المختلطة لم تأخذ بمنطوقها وجرت فى الغالب على اعتبار القسمة معلقة للحقوق ومبينة لها —
انظر أحكام ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٧٨ و ٧ مايو سنة ١٨٨٥ و ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ الواردة
بيورلى مادة ٥٤٥ مدنى مختلط)

الى البائع والبعض الآخر لشريك آخر فالبيع صحيح في الجزء الذي خصه باطل فيما
خص شريكه . ويستخلص من هذا أن حظ البيع من الصحة والبطلان لا يعلم إلا
بالقسمة

بنى المشرعون على هذه المبادئ آراءهم التي يمكن اجمالها في نظريتين : النظرية
الاولى — بيع العين المعينة الشائعة بمعرفة أحد الشركاء ليس بيعاً باطلاً حتماً وإنما
هو قابل للفسخ بحسب نتيجة القسمة أو بعبارة أخرى معلق على شرط . والنظرية
الثانية — أنه بيع باطل بناءً على نص المادة ٢٦٤ مدني واليك تفصيل ذلك :

٦١٠ — النظرية الاولى — للحكم على ما اذا كان هذا البيع يعدُّ بيع ملك الغير
فتترتب عليه أحكامه يجب انتظار نتيجة القسمة وعلى ذلك لا يجوز للمشتري طلب
البطلان طالما أن الشيوع باق والقسمة لم تحصل لأنه في هذه الحالة لا يتيسر معرفة
ما اذا كان البائع باع ملك غيره أو ملك نفسه . ومن الواجب لابطال البيع أن
يثبت المشتري أن البائع باع ما لا يملك وهذا الاثبات غير متأت له طالما أن
القسمة لم تحصل ونتيجتها لم تعلم اذ يتفق أن يقع البيع في حصة البائع فيكون البيع
صحيحاً كما يتفق العكس فيكون باطلاً . وعلى هذا يجب على المشتري انتظار نتيجة
القسمة فاذا ظهر أن المبيع بأكمله لم يؤول للبائع له طلب البطلان واذا آل اليه بعضه
وآل الباقي لشريك آخر طلب البطلان في الحصة التي آلت لشريك الآخر —
« انظر بودري الطول فقرة ١٢١ »

في ان بيع المشاع
قابل للفسخ تبعاً
لنتيجة القسمة

فاذا صح البيع بحسب نتيجة القسمة اعتبر أنه كان معلقاً على شرط موقوف وهو
امتلاك البائع لما باع . واذا بطل اعتبر أنه كان معلقاً على شرط فاسخ . وهذا هو
مذهب الاستاذ بودري والرأي السائد في القضاء المصري وجرت عليه كذلك
بعض الأحكام في فرنسا

٦١١ — فقد حكم بأن بيع عقار مشاع بين ورثة بمعرفة أحدهم قبل حصول
القسمة لا يسرى عليه حكم المادة ١٥٩٩ فرنساوي (٢٦٤ أهلي و ٣٣٣ مختلط)

• ولو كان البيع تم باعتبار أن العقار مملوك بأكمله للبائع ويعتبر هذا البيع صحيحاً ولكنه معلق على شرط فاسخ وهو حصول القسمة فهي التي تبين ما اذا كان البائع مالكاً لجزء من العقار المبيع أوله بأكمله وما اذا كان المشتري يستحق تعويضات أولاً يستحق وذلك سواء كان المبيع المشاع عيناً واحدة أو جملة أعيان يبعث بهذه الكيفية —

• محكمة بوردو أول ديسمبر سنة ١٨٩٩ تعليقات دالوز نمرة ٤٣ الى ٤٥ مادة ١٥٩٩

٦١٢ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن القسمة معينة لحصة كل شريك لا منشئة للملكية فيها ويعتبر البيع الصادر من أحد الشركاء لحصة معينة في عقار مشترك قبل قسمته موقوفاً على نتيجة القسمة فلا يصح الحكم بنفاذه أو بطلانه حتى تحصل القسمة — استئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسمية ص ٤ سنة أولى

٦١٣ — ولمشتري الحصة المشاعة اذا لم يحصل لأى سبب كان على كامل نصيبه في عموم الربيع أن يطالب كل واحد من شركائه بنصيبه في ربيع الجزء الذي انتفع به

• الاستئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ عدد ٩١ مجموعة رسمية ص ١١

فان القسمة الزراعية أو قسمة المهايأة لا تعطى للمتعهدين إلا حقوقاً شخصية لبعضهم على بعض ولا تسرى أحكامها على الغير خصوصاً على المشتري لحصة شائعة في الملك فله ما دام لم يقبل هذه القسمة الحق في مطالبة باقي الشركاء بنصيبه في الربيع بما يناسب وضعه يذ كل منهم — نفس الحكم

٦١٤ — النظرية الثانية — ان بيع العين المشاعة على التحديد باطل ويجوز للمشتري طلب البطلان في الحال بغير انتظار للقسمة تلافياً للمضار التي تنشأ عن طول الانتظار وبقاء الملكية غير محققة مما يترتب عليه توقف أحكام البيع وهذا هو الرأي الراجح في القضاء الفرنسي

ولكن المذهب السائد فيه انه يجب التفريق بين ما اذا كان المشتري يجهل حالة الشيوع أو يعلمها وقت الشراء

فاذا كان المشتري يجهل حالة الشيوع فله أن يطلب بطلان البيع بأكمله في الحال

وقبل حصول القسمة ولا يجبر على انتظارها لأن قصده كان شراء العين بأكملها.
فرضاؤه بالبيع بنى على غلط مستوجب البطلان ويجوز له أن يتمسك حينئذ بنص
المادة ٢٦٤ أهلى قبل البائع. ومن جهة أخرى فعقد البيع يخوله حق استلام المبيع في
الحال والمشتري لا يستطيع ذلك فأجيز له طلب البطلان قياساً على القواعد المقررة
لضمان المبيع

أما إذا كان المشتري يعلم وقت التعاقد أن البائع يملك على الشيوع فلا يجوز له
أن يطلب بطلان البيع إلا بالنسبة لحصة باقى الشركاء فقط لأنه يكون صحيحاً بالنسبة
لحصة البائع حتى ولو كان العقد غير مبین لثمنها على حدته — انظر جويلوار ص ١٩١
ج ١ والبانديكت فقرة ٧٦٥ و٧٦٦ و٧٥٤ بيع ج ٥٩ وتعليقات دالوز فقرة ٤٦ مادة ١٥٩٩
واعترض بودرى على هذا الرأى بأنه غير مطرد فى حالتى علم المشتري وجهله
بالشيوع مع أن رأيه يستقيم فى الحالتين ومعلوم أنه فى حالة بيع ملك الغير لا يكون
علم المشتري به مانعاً من طلب البطلان

٦١٥ — على أن بعضهم يقول انه يصح تجزئة الصفقة المبيعة على التحديد
فيعتبر البيع صحيحاً بالنسبة لحصة من باع من الشركاء باطلاً بالنسبة لحصص باقى
الشركاء ولا يطلب المشتري بطلان البيع بأكمله إلا إذا أثبت أنه لو كان يعلم بأن
البائع لا يملك وحده المبيع لما اشترى قياساً على الحالة الواردة فى مادة ٣١٠ أهلى
(٣٨٤ مختلط ١٦٣٦ فرنساوى) — انظر جرانولان فقرة ٤٣ كتاب العقود وحكم
محكمة أورليان ١٤ يونه سنة ١٨٨٣ وتعليقات دالوز فقرة ٦٢ مادة ١٥٩٩

واعترض على هذا الرأى بأنه لا يجوز تغيير طبيعة العقد الذى يجب تقديره
بحسب شروط المتعاقدين فإنه لتأويل عقد يجب اعتباره برمته أو تركه برمته وليس
للقاضى أن يحوّر أو يعدل فى نصوصه لأن ذلك من حق المتعاقدين وحدهم خصوصاً
وأن التجزئة تؤدى الى ضرر المشتري الذى يلزم بأخذ حصة مشاعة وهو ما يخالف
قصده من شراء عين بأكملها تلافياً لما ينتج من ضرر البقاء على الشيوع أو طلب القسمة

٦١٦ — وقال فريق آخر ان للمشتري حق الخيار : فاما أن يطلب بطلان البيع بأكله وأما أن يرضى بأن يحل محل البائع في حصته المشاعة . وذلك لأنه بشرائه الكل يكون له الحق في قبول البعض .

٦١٧ — وبناء على هذا حكم بأنه في حالة بيع أحد الشركاء للعقار المشاع بأكله يكون للمشتري الخيار بين طلب بطلان البيع أو نفاذه في حصة البائع المشاعة وتنقيص الثمن بنسبة ذلك — محكمة امبراطورية ألمانيا ٢٠ مارس سنة ١٨٩٤ فقرة ٧٦١ باندكت بيع ج ٥٩

وبالاخص اذا ادعى البائع أنه وكيل عن باقي شركائه ولم يكن كذلك —
• باندكت فقرة ٧٦٢ بيع ج ٥٩ •

٦١٨ — وطبعاً محل ما قدمنا من الخلاف ما اذا لم تكن القسمة حصلت لأن حق البائع في الملك غير محقق أما اذا كانت القسمة تمت فمصير البيع معروف فانه اذا كانت العين المبيعة وقعت في نصيب البائع فالبيع صحيح لأنه يعتبر مالاً لها من وقت الشيوع واذا لم تكن وقعت في نصيبه فالبيع باطل وللمشتري طلب ابطاله بناء على نص المادة ٢٦٤ أهلى لأنه باع ما لا يملك

٦١٩ — أما حكم هذا البيع بالنسبة لباقي الشركاء فلا نزاع في أنه لا تأثير له على حقوقهم لأنهم أجانب عن العقد وعلى ذلك فحقوقهم على العين الشائعة لا تزال باقية كما كانت قبل البيع ولهم الحق دائماً في أن يطلبوا القسمة للخروج من الشيوع أو بيع العين المشتركة ان لم يمكن قسمتها

في حكم البيع
بالنسبة لباقي
الشركاء

هذا أمر لا خلاف فيه ولكن هل يجوز لباقي الشركاء أن يطلبوا بطلان البيع الصادر من شريكهم؟

٦٢٠ — انقسمت الآراء بحسب النظريتين السابقتين أيضاً . فقال أصحاب النظرية الأولى وهي القاضية باعتبار البيع قابلاً للفسخ لا باطلاً بأنه ليس لشريك البائع أن يطلب بطلان البيع واسترداد نصيبه من المشتري قبل حصول القسمة أى

ما دامت حالة الشيوخ باقية . وبعبارة أخرى تتوقف صحة البيع وبطلانه على القسمة بين الشركاء وذلك لأنه يجب على الشريك الذى يطلب الاسترداد أن يثبت حقه فى امتلاك ما يسترد وهذا لا يتأتى إلا بالقسمة فربما تقع العين فى نصيب البائع فيعتبر أنه كان مالكاً لها من وقت الشيوخ ويكون بيعه صحيحاً وينتفى كل حق للشريك الذى طلب الاسترداد . ولهذا يكون المشتري أن يرد دعوى هذا الشريك ويدفعها بأنه لا يفسر معرفة ما اذا كان البائع باع حقيقة ما يملك أو ما لا يملك إلا بالقسمة فيجب انتظارها

٦٢١ — وتطبيقاً لهذا رأى حكم بأن بيع أحد الورثة لعقار مشترك لا يعد باطلاً باعتباره ملك الغير وإنما يعتبر بيعاً قابلاً للفسخ بحسب نتيجة القسمة التى تبين ما اذا كان المبيع يقع فى نصيب البائع أو لا يقع — تعليقات داللوذ فقرة ٥٤ مادة ١٥٩٩ وحكم الاستئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسية سنة أولى ص ٤

٦٢٢ — ولا يترتب على ذلك أنه لا يجوز لبقية الشركاء قبل القسمة حيازة العقار المبيع والتمتع به ما دام الاشتراك باقياً وإنما يترتب عليه أنه لا يجوز لهم طلب ابطال البيع قبل القسمة وذلك لأنه ان جاز لكل شريك أن يتصرف تحت شرط فاسخ فلا يجوز له أن يحرم بقية شركائه من وضع أيديهم على الأعيان المشتركة والاتفاق بها مدة بقاء الشركة وقبل بيان الحال فى التصرف المذكور — حكم الاستئناف ٥ يناير السابق ذكره وتعليقاته عن بودرى ج ٣ شركات ص ٣٧٣ — راجع أيضاً حق الشريك فى الاتفاق بالملك المشترك مرشد الحيران مادة ٦٤٥ — ٦٥٣

٦٢٣ — وقال الفريق الثانى بأنه يجوز لباقي الشركاء أن يطلبوا فى الحال وبغير انتظار القسمة بطلان البيع فيما يتعلق بأنصبتهم بناء على مادة ٢٦٤ فقد يجوز أن يكون لهم فائدة من استرداد انصبتهم ولو على المشاع ولا يصح حرمانهم من حق الاسترداد المخول لكل مالك

وهذا هو رأى السائد فى المحاكم الفرنسية . ولكن بودرى يعترض عليه بأنه لا محل للارتكان على مادة ٢٦٤ لابطال البيع بالنسبة لباقي الشركاء لأنهم أجنب

عن العقد ولم يشتركوا فيه فليس لهم أن يطلبوا بطلانه لأنه لا يلحقهم منه ضرر وإنما لهم حق الاسترداد المخول لكل مالك . وحق الاسترداد يستلزم اثبات الملك والاثبات لا يتأتى إلا بعد القسمة المبنية لحصة كل شريك . فإذا وقعت العين في نصيب البائع صح البيع ولم يكن لدعوى الاسترداد من محل . وإن وقعت في نصيب الشريك الآخر جاز له الاسترداد لأن البائع يكون حينئذٍ باع ملك الغير

٦٢٤ — وبناء على هذا الرأي الثاني حكم بأنه إذا باع وارث عقاراً مشاعاً فالبيع باطل بالنسبة لباقي الورثة فيما يتعلق بأنصبتهم ويعتبر بيعاً لملك الغير فيجوز لباقي الورثة أن يرفضوا دعوى الاستحقاق على المشتري لاسترداد أنصبتهم في العقار المبيع وليسوا بملزمين بآثار أن قيمة ما بيع تزيد عن حصة البائع في التركة - تعليقات دالوز فقرة ٥٧ و ٥٨ مادة ١٥٨٩

ولكن لا يجوز ابطاله فيما يختص بحصة البائع بناءً على أنه بيع ملك الغير خصوصاً إذا كانت حالة الشيوع ظاهرة من نصوص العقد حتى ولو كان العقد غير معين لثمن حصة البائع على حدتها — باندكت فقرة ٧٥٤ بيع ج ٥٩

٦٢٥ — وحكم أيضاً بأن بيع الأم لعقار مشترك بينها وبين أبنائها القصر الذين تحت وصايتها بغير مراعاة الاجراءات القانونية (كتصديق المجلس الحسبي) يجب الحكم ببطلانه بناءً على طلب الوصي الجديد فيما يتعلق بأنصباء القصر ولكنه لا يكون باطلاً ولا يعتبر بيع ملك الغير بالنسبة لحصة البائعة خصوصاً إذا كانت حالة الشيوع مبنية في عقد البيع — تعليقات دالوز ٦٣ مادة ١٥٩٩

٦٢٦ — وبأن لكل شريك على المشاع في العين المشاعة الحق التام في التصرف فيها بشرط عدم تغيير حالتها بغير رضا باقي الشركاء أو أحداث ضرر أو تعرض لحيازة باقي الشركاء وعلى ذلك يعتبر بيع أحد الشركاء للعين المشاعة الحاصل بغير رضا شريكه بيعاً باطلاً لأن البائع باع ما لا يملك .

وان بيع أحد الورثة للعين الموروثة بأكملها باطل بالنسبة للباقيين باعتباره بيع ملك

الغير اذا لم ترضَ باقى الورثة — تعليقات دالوز ققرة ٥٥-٥٧ مادة ١٥٩٩

٦٢٧ — وبأنه اذا بيع عقار مشترك بالزاد فيكون باطلاً بالنسبة للشريك الذى لم يدخل فى الدعوى ويجوز قبول الدعوى التى يرفعها الشريك طالباً بطلان البيع الحاصل على يد القضاء لعدم امكان القسمة فيما يتعلق بحصته اذا لم يكن خصماً فى دعوى القسمة حتى ولو تبين أن الثمن الذى رسا به المزاد يعادل أو يزيد عن القيمة الحقيقية للعقار لأن الاحترام الواجب للملكية يكفى لقبول هذه الدعوى بصرف النظر عن كل اعتبار مالى آخر — تعليقات دالوز ققرة ٦١ مادة ١٥٩٩

٦٢٨ — وبأنه اذا باع الشريك حصة معينة من العقار المشاع فلا يخول هذا البيع للمشتري حقوقاً على الجزء المبيع أكثر مما كان للبائع

وينبنى على هذا ان للشركاء الآخرين الحق فى الحصول على حكم بأنهم شركاء فى الجزء المبيع بقدر نصيبهم (أى طلب بقاء حالة الشيوع على ما كانت عليه كما كان لهم ذلك لو كان الشريك فرز حصته وأراد الانتفاع بها على حدته) ويبطلان البيع فيما يختص بهذا النصيب ولا يؤثر هذا الحكم على صحة البيع فيما بين البائع والمشتري بل يكون البيع نافذ المفعول اذا وقع الجزء المبيع بموجب القسمة فى نصيب البائع — « اسكندرية الابتدائية استئناف ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ عدد ١٠٣ سنة ٦ مجموعة رسمية »

٦٢٩ — وبأنه اذا باع وصى جزءاً من نصيب أخيه القاصر المشمول بوصايته فى الأرض الموروثة اضراً به يلزم بأن يكمل نصيب القاصر من الجزء المشاع الذى لم يبع ويعتبر التصرف الصادر من الوصى كأنه حاصل فى نصيبه هو — الاستئناف ٥ يونيه سنة ١٩٠٩ نمرة ١٨ س ١١ مجموعة رسمية

هذا حسن ان كانت الارض كلها متساوية فى الجودة فكثيراً ما يحصل أن يباع الجيد ويترك الردى فالمسألة اذن مسألة وقائع على ما نرى . وعلى كل حال فهذا لا يخل بالقاعدة الاصلية وهى استرداد نصيب القاصر من المشتري وان تعذر فيرجع على البائع بالقيمة

التعهد بقبول
الغير في البيع
المشاع

٦٣٠ — لا مانع قانوناً من أن يتعهد أحد الشركاء بأن يبيع نهائياً حصته ومن جهة أخرى يتعهد للمشتري بقبول شركائه يبيع حصصهم مثله^(١) وهذان التعهدان قابلان للاتقسام وإذا لم يتبين من ظروف العقد ما يفيد أن المتعاقدين قصدا تعليق تنفيذ أحدهما على نفاذ الآخر فللقاضي أن يفسر العقد بهذه الكيفية — البانديكت
فقرة ٧٥٧ بيع ج ٥٩

١٣١ — ولكن لباقي الشركاء الذين حصل التعهد بقبولهم أن يرفضوا القبول ولا يجوزوا العقد وحينئذ يكون لهم الحق في طلب بطلان البيع — البانديكت فقرة ٧٥٥ بيع ج ٥٩

٦٣٢ — إذا باع شخص عيناً يبعاً وقائياً ثم بعد ذلك باعها كلها أو بعضها لآخر يبيع المبيع وفاء فلا يعتبر البيع الأخير باطلاً باعتباره بيع ملك الغير إذا كان المشتري الأخير حل محل البائع في حقوقه من جهة استرداد العين المبيعة وفاء فانه في هذه الحالة يكون البيع الثاني عبارة عن التنازل عن الحق في استرداد العين لا بيعاً عادياً — البانديكت
فقرة ٧٧٠ بيع ج ٥٩ — وتعليقات دالوز فقرة ٣٢ مادة ١٥٩٩

٦٣٣ — يجوز لأحد الشريكين بيع حصته مشاعة من العقار المشترك وغيره حكم الشريعة في لشريكه ولغير شريكه بلا اذنه ما لم يترتب على ذلك ضرر للشريك كالاشتراك في بيع الملك المشترك بناء أو شجر لم يبلغ أو ان قطعه أو زرع لم يدرك فانه لا يجوز بيعه بدون الأرض لغير الشريك بلا اذنه لأن المشتري قد يطالب الشريك الآخر بالهضم أو القلع في الحال فيتضرر الشريك الذي لم يبيع — مادتا ٦٤١ و ٦٤٢ مرشد الحيران

٣٣٤ — ولو كانت الدار مشتركة وباع أحد الشركاء بيتاً معيناً أو نصيبه من بيت معين فلا آخر أن يبطل البيع لتضرره بالبيع المذكور عند حصول القسمة اذ لو وقعت الحصة المبيعة في نصيبه فتقع مشغولاً نصفها بحق المشتري وبذلك لا يتيسر جمع نصيبه فيها ولكن اذا سلم الأمر من ذلك يبطلان البيع سهلاً طريق القسمة وسلم الى ذلك الشريك الآخر نصيبه — مستفاد من ابن عابدين ص ٢٤٧

(١) Obligation de port-fort أى يتعهد بالحصول على اجازتهم وتصديقهم على البيع

وذلك لأن القسمة في الشريعة تشتمل على معنى المبادلة أى أخذ الشريك عوض حقه^(١) — ابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥

٥٣٥ — جميع ما قدمنا من القواعد الخاصة ببيع ملك الغير وان كان خاصاً بالبيع الاختيارية أى الحاصلة بناءً على اتفاق المتعاقدين إلا أنها تسرى على البيع بواسطة القضاء اختيارياً كان أو جبرياً لأن هذه البيوع اذا صدرت من غير المالك فتحق المالك في الاستحقاق لا يزال باقياً. وقد نص قانون المرافعات على ذلك صراحة في مادة ٥٩١ ونصها «ايقاع البيع للراسى عليه المزاى لا يترتب عليه حقوق له سوى ما كان للمدين المبيع ملكه من الحقوق فى العقار المبيع». فاذا تبين الراسى عليه المزاى بأن العين المبيعة غير مملوكة للمدين المبيع ملكه جاز له أن يطلب البطلان لأنه يخشى من نزاع المبيع منه بناءً على دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك الحقيق طبقاً للقاعدة السابق تقريرها اذ المالك الحقيق أجنبى عن اجراءات نزاع الملكية

أما المشتري فله ان يتمسك بنص المادة ٢٦٤ متى خشى خطر الاسترداد لانه نص عام يشمل جميع أحوال البيع التى يباع فيها ملك الغير سواء كان البيع اختيارياً أو جبرياً — بودرى المطول فقرة ١٢٦ والبانديكت فقرة ٧٧٨ بيع ج ٥٩

ذيل — فى بيع المرهون والمؤجر والملك الصورى والتركة المستغرقة بالدين

٥٣٦ — تقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن بيع المرهون ينعقد موقوفاً على

(١) هذا بالأخص فى القيمات كالدار والأرض وتسمى قسمة تفريقاً فانه بإعطاء كل شريك قسماً يكون كل واحد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته أما فى المثليات فيشتمل على معنى الافراز أى أخذ عين الحق وذلك لان ما يأخذه الشريك نصفه ملكه حقيقة ونصفه الآخر بدل النصف الذى يد الآخر فباعتبار الأول افراز وباعتبار الثانى مبادلة الا ان المثلى اذا أخذ بعضه بدل بعض كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حتماً لوجود المماثلة بخلاف القيمى وتسمى قسمة جمع (ابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥ والمجلة مادة ١١١٦) وبعبارة أخرى هى ناقله للملك لا مبيته له والظاهر أن القانون المختلط تأثر بهذا رأى فنقل عنه مادة ٥٥٥ التى تكلمنا عنها آنفاً انظر فقرة

اجازة المرتهن فان أجازته أو قضى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه يتم البيع
والمشتري خيار الفسخ قبل الاجازة وان كان يعلم بالرهن — مادة ٢٩٩ مرشد
الحيران وابن عابدين ص ١٤٥ ج ٤

أما بحسب القانون فالرهن لا يزيل الملك ولو كان المرهون في حيازة الدائن فما
الحيازة الا تأمين له على دينه والرهن لا يعطيه غير حق حبس المرهون لحين الوفاء
أو استيفاء دينه من ثمنه بالامتياز على من عداه من الدائنين الآخرين فلا مانع
حينئذ يمنع المالك من البيع لأنه يبيع ما يمتلكه^(١) ولكن هل يجوز التمسك بالرهن
قبل المشتري أو لا يجوز؟

وليان ذلك نقول الرهن إما رهن عقارى أو رهن حيازة
٦٣٧ — فان كان الرهن رهناً عقارياً فمن المقرر أنه لا يصح التمسك به قبل بيع المرهون
الغير الا اذا سجل في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار قبل حصول التصرف .
فيه لذلك الغير من مالكة الراهن له . كذلك لا يصح التمسك بالبيع قبل الغير الا من
تاريخ تسجيله — مواد ٥٦٥ أهلى (٦٨٩ مختط) و ٢٧٠ أهلى (٣٤١ مختط)
متى علم ذلك فالجواب سهل : فاذا تبين ان تسجيل الرهن حصل قبل تسجيل
البيع صح التمسك به قبل المشتري أما اذا سجل الرهن بعد تسجيل البيع فلا يصح
التمسك به قبل المشتري

٦٣٨ — وان كان رهن حيازة فمن المقرر أنه لجواز التمسك به قبل الغير يجب في بيع المرهون
أن يكون العقار في حيازة المرتهن وأن يسجل عقد الرهن متى كان المرهون عقاراً —
» مادة ٦١١ أهلى (٧٣٧ مختط) (وحكم المختط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ قرة ١٦٨٧
مجموعة ثانية)

وعلى ذلك :

(١) كانت بعض المحاكم تحكم بفسخ بيع المرهون لعدم جوازه فلقتها لجنة المراقبة القضائية
لخطائها وبينت لها صحة البيع بناء على نص المادة ٥٤٠ و ٥٤٣ مدنى — مذكرة اللجنة في
٢٦ مارس سنة ١٩٠١

١ — فاما أن يكون المرتهن وضع يده على المبيع ولكنه لم يسجل عقده قبل تسجيل عقد البيع

٢ — واما أن يكون وضع يده عليه وسجل عقد رهنه قبل تسجيل عقد البيع
٦٣٩ — ففي الحالة الأولى لا نزاع في أنه لا يجوز التمسك بالرهن قبل الغير وهو المشتري لأنه لم يحصل تسجيله قبل تسجيل عقد البيع
على أن المحكمة المختلطة حكمت بأن الرهن الحيازي يجوز التمسك به قبل المشتري متى كان ثابت التاريخ فقط ولو لم يسجل قبل تسجيل البيع ولكن القانون يشترط التسجيل

— أما في الحالة الثانية وهي حالة ما اذا وضع المرتهن يده على العقار وسجل عقده قبل تسجيل البيع فيجوز له الاحتجاج به على الغير ويترتب على ذلك أنه يكون له حق حبس العين طبقاً لنص المادة ٥٤٠ مدني أهلي (٦٦٢ مختلط) والتمسك بهذا الحق أيضاً قبل المشتري

٦٤٠ — ولا يستفاد من ذلك أن بيع العين المرهونة متعذر في حالة استيفاء الرهن للشروط القانونية (كما في الحالة الثانية) فالبيع على كل حال صحيح لأن الراهن لا يزال مالكا للمرهون وغاية الأمر أن حق حبس العين المخول للمرتهن هو حق عيني يجوز التمسك به قبل الغير وليس للمشتري ان يتمسك بعقده إلا بعد استيفاء قيمة الرهن

٦٤١ — وقد حكم بأن للمرتهن حق حبس العين المرهونة التي في حيازته لحين قبض قيمة دينه فاذا صدر حكم ببيع الارض المرهونة ورسا المزاد على مشتر فلا يمكن هذا المشتري استلام العقار الا بعد اتباع الطريقة القانونية وفتح توزيع على قيمة الثمن حتى يأخذ كل من أصحاب الحقوق العينية حقه — استئناف ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥
الاستقلال ٥ ص ١٠٢ والمختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ ققرة ١٧٥٤ مجموعة اولي

٦٤٢ — وللمرتهن حق حبس الشيء المرهون لديه لحين وفاة الدين بالتام وحق

استيفاء قيمته من ثمن المرهون عند بيعه بالامتياز على من عداه . — طنطا استئناف
٢٣ يونيو سنة ٩٨ القضاء ص ٣١٨ وجلاد مادة ٥٤٠ والمختلط ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧
فقرة ١٧٦٢ مجموعة ثانية

٦٤٣ — حتى ولو بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً — جرجا الجزئية ٢٩ يناير
سنة ٩٠٢ الحقوق ١٨٢ ص ٣٤ وجلاد مادة ٦٠٥

٦٤٤ — وذلك لأن الملك ينتقل للمشتري قانوناً بما عليه من الحقوق العينية
المرتبة عليه قبل هذا الانتقال

فمن اشترى عيناً مرهونة رهناً قانونياً مسجلاً بلا شرط ولا قيد يعتبر أنه راض
بما للمرتن عليها من الحقوق كالحبس والامتياز لحين الوفاء ولا يحق له استلامها إلا
بعد ذلك — جرجا الجزئية ٢٤ أبريل سنة ٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٣٦ وجلاد مادة ٥٦٥

٦٤٥ — تقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن بيع المستأجر ينقذ موقوفاً على
اجازة المستأجر فان أجاز البيع أو مضت المدة أو افسخت الاجارة نفذ البيع ولا
ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الاجرة الغير المستحقة . وللمشتري
خيار الفسخ قبل الاجازة وان كان يعلم بالاجازة — مادة ٢٩٩ مرشد الحيران وابن
عابدين ج ٤ ص ١٤٥

٦٤٦ — أما في القانون فلا مانع يمنع المؤجر من بيع الشيء الذي أجره لأن
الاجارة لا تنزع الملكية من المؤجر . غير أنه يجوز التمسك بالاجارة السابقة على البيع
قبل المشتري بشرط أن تكون ثابتة التاريخ

يستفاد مما تقدم أن الشريعة الاسلامية تعتبر الاجارة السابقة على البيع صحيحة
وتقضى بجواز التمسك بها قبل المشتري بصفة عامة . أما القانون المصري فاتباع هذا
هذا المبدأ ولكن اشترط أن تكون الاجارة السابقة على البيع ثابتة التاريخ

٦٤٧ — ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري ان يخرج المستأجر بعقد
ذی تاريخ ثابت سابق على عقد مشتراه ولا أن يطلب فسخ الاجارة بل هو ملزم
باحترامها حتى ولو لم يكن المستأجر وضع يده على العقار المؤجر وكانت مدتها لا ابتدئ
الا بعد تاريخ البيع المذكور — الاستئناف ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ مجموعة رسمية ص ٧
ص ١٥٠ وجلاد مادة ٣٨٩

٦٤٨ — وإنما يجوز له ذلك : ١ — إذا كان مشروطاً في عقد الايجار بأن للمالك .
حق اخراج المستأجر — ٢ — أو كان مشروطاً فسخ الايجار عند حصول البيع —
٣ — أو كان عقد الاجارة غير ثابت التاريخ قبل عقد مشراه
وهذا الحق مخول للمشتري لا للمستأجر . فالمشتري أن لا يستعمله اذا شاء .
ولا يكون للمستأجر الحق في طلب فسخ الايجار بناء على بيع العين المؤجرة . على أنه اذا
طلب المشتري اخراج الساكن فيعطى له الميعاد اللائق للخروج بحسب العرف او القانون
وفي حالة طلب الاخراج يجوز للمستأجر الذي بيده سند بالاجار أن يطالب بتعويض
الضرر الذي يلحقه سواء كان من المؤجر او المشتري الذي يرجع بها على المؤجر وله
حق حبس العين المؤجرة حتى يحصل على التعويض — ٣٨٩ و ٣٩٠ أهلى و ٤٧٤ الى
٤٧٧ مختلط

وذلك لأن البائع بالبيع يحرم المستأجر من الانتفاع مع أنه ضامن له طبقاً
لما هو مقرر قانوناً — محكمة بنى سويف ٩ ابريل سنة ١٩٠٢ ص ١٨ مجموعة رسمية سنة ٤

٦٤٩ — وهل يصح اعتبار حالة علم المشتري بالاجارة كحالة ثبوت تاريخها ؟
بحسب الشريعة الاسلامية لا نزاع في الأمر لأن الاجارة قابلة دائماً للتمسك بها
قبل الغير . أما في فرنسا فاختلفت الشراح

يرى بعضهم أنه يجوز التمسك بالاجارة اذا كان المشتري عالماً بها وقت التعاقد
ولكنه رأى مرجوح اذ النص صريح في أنه لا يجوز التمسك بعقد الايجار الا اذا كان
ثابت التاريخ فبطريق العكس اذا لم يكن ثابت التاريخ لا يجوز التمسك به علم المشتري
بالاجارة أو لم يعلم خصوصاً وان الظاهر أنه يقصد بهذا النص رفع الصعوبة التي تترتب
على ثبوت العلم وعدم ثبوته وسد أبواب التدليس ومنع الغش بين البائع والمستأجر
اضراراً بالمشتري

٦٥٠ — وبحسب رأى الأخير حكم بأن مجرد علم المشتري بأن الشيء
مؤجر لا يقوم مقام ثبوت التاريخ ولا يجرمه حق الاستفادة من فسخ الايجار . والمستأجر

الذى نزع منه المشتري العقار حق اقتضاء تعويضات من المؤجر — بنى سوف ٩
ابريل سنة ٩٠٢ عدد ٩ ص ١٨ مجموعة رسمية سنة ٤

٦٥١ — ولا نزاع في أنه اذا نص في عقد البيع على اعتبار الاجارة كان ذلك
قانون المتعاقدين ووجب على المشتري احترامها ولو كانت ثابتة التاريخ

٦٥٢ — بحث أيضاً في حالة ما اذا كان الايجار ذا تاريخ ثابت ولكن المستأجر
لم يضع يده على العين المؤجرة فهل المشتري يلزم باحترام الاجارة أولاً يلزم . ومحل
الشك ما ذهب اليه بعض الشراح من أن القانون يشير لحالة اخراج المستأجر من المحل
المؤجر أو طلب اخلائه وذلك لا يكون الا عند وضع اليد فاذا لم يكن المستأجر واضعاً
يده فالمشتري ليس محتاجاً لطلب الاخلاء أو اخراج الساكن ومن جهة أخرى فهو
معذور اذا لم يعلم بالاجارة خصوصاً وان التاريخ الثابت ليس بطريقة من طرق العلانية
ولكن هذا الرأي مردود بنص القانون الذي لم يشترط سوى ثبوت التاريخ
لامكان التمسك بعقد الايجار ولم يشترط وضع اليد وليس لنا أن نزيد على شروطه
خصوصاً وان الشريعة الاسلامية كانت تحترم عقد الايجار ولو لم يكن ثابت التاريخ
على أن هذا مذهب القضاء كما سبق

٦٥٣ — وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنه ليس لمشتري العقار أن يطلب
فسخ اجارة تاريخها ثابت قبل البيع وهو ملازم باحترامها ولو كانت مدتها لا تبدئ
الا بعد تاريخ البيع المذكور — الاستئناف ١٠ يناير سنة ٩٠٦ نمرة ٧٢ ص ٧ مجموعة رسمية
٦٥٤ — ويلاحظ انه اذا كانت الاجارة لمدة زائدة عن تسع سنين فيجب
تسجيلها وحينئذ فالتاريخ الثابت لا يكفي — مادة ٦١٣ اهل و ٧٢٩ مختلط

٦٥٥ — قد يتفق أن البائع يكون معترفاً بعقد عكسي^(١) أن عقد التملك الذي
بيده صوري فما هي قيمة هذا العقد العكسي بالنسبة للمشتري

من المقرز أن العقود العكسية (أو عقود الضد) لا تأثير لها على غير المتعاقدين

ولا نزاع في أن المشتري من البائع المذكور يعد من غير المتعاقدين ولا يمكن التمسك قبله بعقد عكسي صادر من البائع له ومعترف فيه بأن ملكيته صورية حتى ولو كان العقد العكسي ثابت التاريخ قبل حصول البيع له — تعليقات دالوز فقرة ١٠٦ مادة ١٣٢١ مدني

٦٥٦ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنه لا يجوز لورثة الوكيل الذي باع عقاراً باسم موكله أن يدعوا بعد وفاة مورثهم بأنه كان المالك الحقيقي للمبيع بمقتضى عقود تحت يدهم وينازعون حينئذ في صحة البيع أو كيفية دفع الثمن — فقرة ١٠٧ دالوز مادة ١٣٢١

٦٥٧ — على أن الرأي الذي يجب العمل به الآن هو التمسك بعدم تسجيل العقد العكسي في حالة بيع العقار. فإذا لم يكن قد سجل هذا العقد فالمشتري من الشخص (الذي يملك ملكاً صورياً) أن يتمسك بذلك ارتكاً على نص المادة ٦١٥ مدني وذلك أسهل من التمسك بصورية العقد إذ لو كان العقد العكسي مسجلاً لكان عقداً ظاهراً وجاز التمسك به قبل الغير من تاريخ تسجيله — تعليقات دالوز ١١٤ و ٢١٥ مادة ١٣٢١ و بلانيول فقرة ١١٩٧ ج ٢

وفي حالة بيع المنقول إذا كان المشتري حسن النية ووضع يده عليه ثبتت ملكيته له في الحال بمجرد الاستلام عملاً بنص المادة ٤٦ و ٦٠٧ أهلي ٨٧٦ و ٧٣٣ مختلط. وحينئذ يكون للمشتري التمسك بوضع يده بسبب صحيح أولى من التمسك بصورية العقد — قارن في ذلك بلانيول فقرة ١٩٧ ص ٤٠٢ ج ٢

٦٥٨ — ألا أن الشراح لاحظوا مع ذلك أن قاعدة عدم تأثير العقود العكسية على غير المتعاقدين يكون لها فائدة بالنسبة للدائنين العاديين ويجب التمسك بها لأنهم لا يسجلون ديونهم وكذلك بالنسبة لمشتري منقول لم يضع يده عليه لأنه لا يجوز له التمسك بقاعدة اليد دليل الملك — تعليقات دالوز فقرتا ١١٦ و ١١٧ مادة ١٣٢١

وقياساً على هذا يصح القول بأن المشتري الذي لم يسجل له التمسك بنظرية صورية العقد

٦٥٩ — ينص الفقهاء على أن بيع الورثة للتركة المستغرقة يتوقف على اجازة
الغرماء . فالبيع ينعقد موقوفاً فاذا أجازوه نفذ وأن لم يجيزوه فسخ — ابن عابدين ص
١٤٦ ج ٤
ويستتبع من ذلك أن البيع ينعقد ولكنه يكون موقوفاً كييع الفضولى فليس هو
بيع باطل . وسيأتى لهذا الموضوع مزيد بيان فى الفصل المتعلق بأحكام البيع

الفصل الخامس

فى الثمن

٦٦٠ — الثمن هو الركن الثالث من أركان البيع وعلى هذا فلا ينعقد البيع بدونه ماهيته وتعريفه
(لا بيع بلا ثمن)

والثمن هو المبلغ الذى يتعهد المشتري بدفعه للبائع فى مقابل المبيع وهو عبارة عن
القيمة التى يقدر المتعاقدان بها المبيع — راجع النص الفرنساوى لمادة ٢٣٥ أهلى و ٣٠٠
مختلط و فقرة ٢٠ المتقدمة .

فلا يشترط أن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية او التجارية للمبيع

٦٦١ — ويجب أن يتوفر فى الثمن ثلاث صفات :

الأولى : أن يكون من النقود . الثانية : أن يكون حقيقياً (جدياً) . الثالثة :
أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير

٦٦٢ — يشترط أن يكون الثمن من النقود حتى يتميز البيع من المقايضة اذ فى
البيع يلتزم أحد العاقدين (المشتري) بدفع الثمن وفى المقايضة يلتزم كل من العاقدين

بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه — راجع مادتي ٢٣٥ و ٣٠٦ أهلى

فلو أعطى المشتري شيئاً غير النقود لكان التعهد مقايضة لا بيعاً حتى ولو اتفق
المتعاقدان على تسميته بيعاً اذ العبرة بالمقاصد والمعاني . أو كان المبدل منه المعطى

بصفة ثمن قابلاً للتقدير تقدراً كالحبوب التي لها سعر في السوق اذ يترتب على خلاف ذلك اعتبار المقايضة بيعاً كما أمكن تقويم أحد البديلين . ولكن اذا كان القصد الحصول على ثمن الشيء المقدم بدلاً كييع منزل مقابل ثمن ألف سهم يحدد سعرها باعتبار قيمتها يوم البيع أو التسليم فالعقد يكون بيعاً لا مقايضة لأن القصد هو أخذ قيمة الأسهم — دوهلس فقرة ٨٥ بيع ج ٤

٦٦٣ — على أن هذا التحديد غير منصوص عليه في القوانين وإنما جرى عليه شراح الافرنج بالتواتر — راجع لوران ٢٤ ص ٦٨ ودوهلس ٨٤ بيع ج ٤ ولهذا تجد خلافاً بينه وبين أقوال الفقهاء^(١) وبعض آراء شراح الافرنج أنفسهم فقد قال بعضهم بأن الأوراق المالية التي لها سعر مقرر في البورصة والحبوب التي تعين أثمانها في الأسواق تعد أثماناً لأنه من الميسور تقدير أثمانها بسهولة — دلفنكور *Delvincourt* ج ٣ ص ٣٦٣

٦٦٤ — وتعيين الثمن بالنقود يخرج التعهد الصادر بتنازل شخص لآخر عن عقار مقابل انفاقه على غذائه أو مسكنه وغير ذلك فإنه لا يعد بيعاً لأن المقابل ليس بنقد ولا يعد مقايضة لأن المقايضة تستلزم تبادل شيئين يحل أحدهما محل الآخر في ملك الجانبين وعلى هذا يكون عقداً غير مسمى موضوعه تعهد بعمل شيء وتسرى عليه أحكام التعهدات العامة — بودرى وسينات فقرة ١٢٨ كتاب البيع

ولكن اذا تبين ان النفقة كانت واجبة للبائع على المشتري قانوناً أو شرعاً لأن

(١) يجوز بحسب أحكام الشريعة الاسلامية أن يكون الثمن من المثليات كالمسكيل والموزون والعددي المتقارب فان الفقهاء يقسمون الأموال الى ثلاثة أقسام : مبيع محض كالأشياء المعينة بالعين . و ثمن محض كالدراهم والدنانير فانها خلقت للثمن . ومتعدد بينهما كالمثليات فان اتصل بها الباء (كبيت هذا البيت بمائة أردب من القمح) فثمن والا فهي مبيع (ابن عابد بن ص ٢٥٤ وفتح القدير ص ٨٤ ومرشد الحيران مادة ٣٠٦)

وذلك لأن الثمن هو ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة والغرض من التقسيم هو معرفة الاحكام التي تترتب على كل من المبيع والثمن اذ لا يشترط في الثمن أن يكون موجوداً في ملك الماقد عند العقد واذا هلك فلا يبطل العقد بهلاكه بخلاف المبيع في الامرين (راجع ابن عابد بن هامش ص ٢٥٤)

إيراده لا يفي بحاجياته فلا يصح اعتبارها ثمنًا إذ لا محل لتقريرها بعقد اتفاق يترتب عليه سلب عين من البائع تبين أن غلتها لا تكفي للقيام بأود معاشه فاضطر لطلب النقطة « دوهلس فقرة ٨٨ بيع ج ٤ »

٦٦٥ — ويجوز الاتفاق على أن يكون الثمن إيراداً مؤبداً أو مقيداً بمدة الحياة « مادة ٤٨١ أهلى و ٥٨٩ مختلط »

وذلك لأن الثمن في هذه الحالة هو من النقود ولكنه يدفع على أقساط مؤبدة أو مرتبة لمدة الحياة ..

وفي هذه الحالة تسرى عليه القواعد المقررة في مادتي ٤٧٩ و ٤٨٠ أهلى (٥٨٦ و ٥٨٨ مختلط)

ولترتيب الثمن بصفة إيراد مؤبد أو مؤقت طريقتان : فإما أن يشترط دفع الثمن بصفة مرتب أو يتفق المتعاقدان في نفس العقد على أن يترك البائع الثمن للمشتري مقابل تعهد هذا الأخير بتقرير مرتب يدفع سنوياً ويعينان مقداره — بوردى وسينات فقرة ١٢٨ ص ١٢٧ بيع

٦٦٦ — ويجوز أن يكون البيع في مقابل دين كييع منزل مقابل ألف جنيه كانت ديناً للمشتري على البائع لأن جميع أركان البيع متوفرة والثمن مقدر فهو في حكم أداء الدين أولاً ثم بيع العقار ورد ما يدفع بصفة ثمن

٦٦٧ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الاهلية بأن التنازل بطريق البيع عن مقدار من الأطيان بثلث معين في مقابل مصاريف رسمية وغير رسمية وأتعاب محامين بحيث يكون متولى الصرف^(١) مالكا للأطيان اذا نجحت الدعوى ولا حق له في المطالبة بشيء من الأطيان والأتعاب اذا خسرت الدعوى هو بيع صحيح والثمن فيه متوفر. فكان المحكمة اعتبرته عقداً من عقود الغرر — الاستقلال عدد ١٥ ص ٦.

٦٦٨ — ويشترط أن يكون الثمن حقيقياً. ويخرج بذلك الثمن التافه والصورى واليك تعريف ومميزات كل منها:

(١) في القضية احد الافراد

التمن الحقيقي ٦٦٩ — أ — فالتمن الحقيقي هو ما تعهد به المشتري تعهداً صريحاً لازماً مع نية دفعه وامكان المطالبة به حتماً

التمن التافه ٦٧٠ — ب — والتمن التافه هو ما لا تناسب مطلقاً وبأى كيفية بينه وبين قيمة المبيع كبيع عقار بدينار أو فدان من الأرض الجيدة بريال . فهو تمن غير حقيقي لا يتصور أن يبيع البائع به ولا كان قصده من البيع الحصول عليه وبتعبير آخر يكون البائع قد اتفق مع المشتري على عدم دفعه ولهذا فإن المتعاقدين لا يقومان العقار تقويماً صحيحاً وإنما يضعان مبلغاً كيقما اتفق لتصحيح الشكل مع أن العقد يكون ساتراً لغرض آخر

٦٧١ — ويجب التفريق بين التمن التافه والتمن البخس^(١) وهو ما يعبر عنه أيضاً بالغبن

فالبيع بتمن بخس أى ناقص عن القيمة الحقيقية صحيح بخلاف التمن التافه فإن العقد به يعتبر خالياً من التمن وعلى ذلك لا ينعقد إذ من القواعد المقررة ان التمن التافه في حكم المعلوم — مختصر بودرى جزء ثالث ص ٢٩٧ فقرة ٦٣ ٤

التمن البخس ٦٧٢ — أما التمن البخس فيكون في الواقع حاصلاً في بيع حقيقي جدى قصد البائع به الحصول على التمن ولكنه لم يبيع بالقيمة الحقيقية لعدم خبرته أو لاضطراره أو لغير ذلك من الأسباب

ومهما كان الغبن في الصفقة فليس للبائع ابطاله لتوفر جميع أركانه . فالغبن لا يطل البيع ولا يجوز الرجوع في العقد أو فسخه . على أن القانون أجاز على سبيل الاستثناء في حالة بيع عقار للقاصر طلب تكملة التمن متى كان الغبن الفاحش يزيد على خمس ثمن العقار المبيع — انظر المادة ٣٣٦ أمدى و ٤١٩ مختلط

والواقع أنه ليس من الضروري لصحة البيع أن يكون التمن معادلاً تماماً للمبيع

(١) التمن البخس لغة هو دون ما يجب وتباخس القوم تناهبوا . والغبن النقص (مخصص ص ٢٥٢ سفر ١٢)

فيجوز أن ينقص أو يزيد وذلك نتيجة الحرية الاقتصادية في المعاملات
٦٧٣ — ونرى أن تعبير القانون في أن «الثن يمثل القيمة التي قدر المتعاقدان بها
المبيع» يخرج الثمن التافه لأنه لا يمثل في الواقع قيمة الشيء إذ التافه هو الحقير اليسير
أما القيمة فتدل على ما يقوم مقام الشيء^(١) كما أن هذا هو المعنى المقصود بها
في اللغة الفرنسية^(٢)

والقيمة في اصطلاح الشرعيين ما يقوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا
نقصان — فقرة ثانية مادة ٣٢٠، رشد الحيران

فالثن التافه لا يصلح حينئذ أن يكون عوضاً للمبيع لأنه لا يمثل القيمة ومعلوم
أن البيع من عقود التعاوض . ولهذا يُقضى بعدم صحة البيع الصادر بثمن تافه لأنه
يجب أن تتوفر ركن الثمن توفراً صحيحاً . أما التظاهر بذكر أحد الأركان على غير
الحقيقة فلا يكفي لصحة العقد — راجع بودري ص ٢٩٧ فقرة ٤٦٣ وحكم الاستئناف
الصادر في ٤ مايو سنة ٩٠٥ بمجموعة رسمية سنة سادسة نمرة ١١٠

٦٧٤ — ج — والثن الصوري هو الثمن الذي يذكر في العقد استيفاء لشكله
الثن
الصوري فقط لا بقصد المطالبة به كأن يبرىء البائع المشتري من الثمن أو يهبه له في نفس
العقد . فالإبراء أو الهبة في الحال لا تجعل المشتري مدينًا بالثن لأن الثمن يكون
ذكر صورة لا حقيقة والمشتري لم يصر لحظة من اللحظات مدينًا ويكون في الواقع
متفقاً بين المتعاقدين على عدم دفعه وعلى ذلك يكون الثمن غير موجود وما دام هذا
الركن فقد فالبيع لا ينعقد

٦٧٥ — أما إذا تم البيع وعقب اتمامه أبرأ البائع المشتري من الثمن فالإبراء

(١) انظر مختار الصحاح وقاموس تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري جزء ثان فقد جاء به
أن القيمة واحدة القيم لأنه يقوم مقام الشيء ويقال قومت السلطة

(٢) *Valeur, ce que vaut une chose. (Petit Larousse illustré.) En Economie Politique : Qualité relative des objets, en vertu de laquelle on obtient, en échange de l'une, une plus ou moins grande quantité de l'autre. Être en valeur, se vendre facilement et avantageusement. (Dictionnaire Littré)*

لا يؤثر على العقد لأن العقد تم مستوفياً أركانه وكان للبائع أن يطالب بالثمن المستحق في ذمة المشتري فإذا أبرأه منه فالبراء من الحقوق الجائزة له متى كان أهلاً للتبرع ويعتبر الأبراء عقداً جديداً — ١٨٠ أهلى و ٣٤٣ مختلط

٦٧٦ — ويعتبر الثمن غير حقيقى إذا كان من الواضح أنه لا يتأتى مطلقاً أن تفي به إرادات المشتري وأنه في حالة يتعذر معها دفع الثمن والبائع يعلم ذلك فهذه الظروف تفيد أنه لا ينوى المطالبة بالثمن (محكمة النقض بفرنسا ١٣ يونيو سنة ١٨٦٠) ولكن لا يغيب عن البال أن مجرد اعسار المشتري وقت الشراء لا يكون وحده كافياً في اعتبار الثمن غير حقيقى بل لابد من ظهور نية البائع في عدم المطالبة بالثمن ظهوراً جلياً. وقد تكون حالة العسر من القرائن الدالة على ذلك ولكنها وحدها لا تكفى للاقناع بأن قصد البائع هو عدم المطالبة بالثمن ولا لأثبت صورته لاحتمال أن البائع باع متوقعاً يسر المشتري فيجب التثبت في جميع الأحوال من قصد البائع — بودرى وسينات ص ١٢٨

٦٧٧ — وقد خلصت محكمة مصر الاستئنافية صفات الثمن في حكمها الصادر في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ فقالت :

أجمع علماء القانون على أن الثمن في المبيع يجب أن يكون جدياً بمعنى أن لا يكون صورياً أى الذى يشترطه البائع فقط لأجل الشكل ولم تكن عنده نية المطالبة به ولا تافهاً أى قليلاً بدرجة تجعله معدوماً اذ لا فرق بين أن لا يشترط المتعاقدان ثمناً في البيع وبين أن يشترطاً ثمناً تافهاً أو صورياً

على أنه يجوز أن يكون الثمن جدياً مع كونه أقل من قيمة الشيء المبيع الحقيقية وهذا ما يسمى بالثمن البخس ولذلك يجب التفرقة بين الثمن البخس والثمن التافه. وهو المعتبر كالمعدوم لقلته . وقد قال الشراح ان الثمن يعتبر جدياً اذا كان له أهمية حقيقية في ذاته بحيث يجعله يستحق المطالبة به من البائع وذلك مهما قلت قيمته عن الثمن الأصلي وهذا هو الرأى الراجح — مصر استئناف مدنى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤

٦٧٨ — وإذا كان الثمن صورياً أى غير حقيقى فالعقد لا يعد بيعاً لعدم وجود المقابل لنقل ملك المبيع وإنما يعد هبة محضة تجرى فيه أحكامها بحيث لا تصح إلا إذا كانت حاصلة بعقد رسمى — الاستئناف ٤ مايو سنة ١٩٠٥ بمجموعة رسمية س ٦ نمرة ١١٠-١٧٠ فبراير سنة ٩١٠ س ١١ نمرة ١٠٩- وطنطا الجزئية ١٧ ديسمبر سنة ٩٠٣ عدد ٩٣ مجموعة س ٥ ولا يعتبر هبة مستترة فى صورة بيع إلا إذا كان العقد جامعاً لأركان البيع اللازم لانعقاده ومنها الثمن لأن الثمن من الأركان الجوهرية فى البيع لامن الشرائط المتعلقة بشكله فإذا فقد هذا الركن أصبح العقد غير صالح لاعتباره هبة مستترة^(١)

فيلزم حينئذ لصحة الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع أن تصبغ بصبغته وإن تكون جامعة لشرائطه بحيث إذا كانت الرغبة فى الهبة ظاهرة ظهوراً جلياً فلا تسمى هبة مستترة بل هبة صريحة يئنه مستلزمة للعقد الرسمى . وهذا هو رأى السائد إذ كيف يترتب على العقد الذى لم ينعقد ولم يتكون نتائج تجعله صحيحاً بصفة عقد آخر

٦٧٩ — وقد صدرت بعض أحكام مناقضة لهذا المبدأ استناداً على أن هبة الثمن فى العقد جائزة لجواز هبة المنقول بلا عقد رسمى — راجع حكم الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩٠٧ مجموعة رسمية سنة تاسعة نمرة ٨٧ ومحكمة الاسكندرية الابتدائية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٦ مجموعة رسمية سنة ثامنة نمرة ٢٥٧

ونرى ان فى هذا خروجاً عن قصد الشارع ومخالفة ظاهرة لنص المادة ٤٨ من القانون المدنى لأن الهبة لا تكون فى الواقع موصوفة بصفة عقد البيع إذ البيع يستلزم مبيعاً وثنماً . والثنم المصرح فى العقد بالإبراء منه أو هبته لا يسمى ثمناً وإذا كانت الهبة مستورة فى صيغة البيع وشاملة فى الظاهر لأركانه صحت ولو كانت بعقد عرفى ولا سبيل لابطال العقد حتى ولو بقى المبيع تحت يد البائع — انظر فقرة ٦٩٠ الآتية

٦٨٠ — وقد أبطلت المحاكم فى فرنسا عقود البيع الحاصلة فى مقابل إيراد مرتب لمدة الحياة إذا تبين أن المرتب يقل عن غلة العقار معتبرين أن لا ثمن لأن المشتري

(١) إذا انعدم ركن الثمن بطل البيع فى الشريعة الاسلامية ايضا — جاء يابن عابدين ما يأتى : وبطل بيع صرح بتنى الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال . انظر ص ١١٠ ج ٤

لم يتحمل دفع شيء من ماله يكون عوضاً للمبيع بل في هذه الحالة يكون البائع تنازل
عن ملكه وعن جزء من غلته — راجع بلانيول ققرة ١٣٨١ جزء ثان ودوهلس ققرة

ويخالف هذا الرأي الأستاذ بودري قائلاً ان البيع صحيح والتمن حقيق لان البائع
يبيع بقصد الحصول على مبلغ معين ومحقق سنوياً عوضاً عن ريع غير مضمون وبذلك
يخلص من متاعب استغلال العقار ونما يقع فيه من الضيق اذا أصابت المبيع آفة
فألفت ثمره عدة سنين كما شوهد في الأمراض التي تصيب الكروم مثلاً — بودري
المطول ص ١٣١

٦٨١ — ويترتب على اعتبار عقود البيوع الصورية هبة في موضوعها أنه تسرى
عليها أحكام الهبة

فلدائنين أن يطالوها متى أضرت بحقوقهم ولو لم يكن هناك تدليس —
« مادة ١٤٣ أمل و ٢٠٤ مختلط »

ولا تجوز فيها الشفعة عملاً بنص المادة الخامسة من قانون الشفعة الصادر في
٢٣ مارس سنة ١٩٠١ — راجع حكم استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ٩٨ القضاء ٦
ص ١٧٩ والاستئناف أول ديسمبر سنة ٩١ الحقوق ٦ ص ٣٨٢ وجلاد مادة ٥ شفعة
بل ولا عقاب على التزوير فيها إن تبين أن العقد هبة محضة وواجب حصولها
بعقد رسمي وذلك لأن العقد باطل حتماً فلا يحتمل حصول ضرر منه — (الاستئناف
٦ يونيو سنة ١٩٠٠ ص ١٨ س ٢ مجموعة رسمية)

٦٨٢ — أحكام — متى تضمن عقد عرفي أن والدًا باع ابنته عقاراً ووهب لها
التمن فليس فيه إلا هبة محضة لا صحة لها قانوناً لأنها لم تحصل بعقد رسمي وذلك
من أركان الهبة ما لم تكن الهبة موصوفة بصفة عقد آخر — محكمة طنطا ١٧ ديسمبر
سنة ١٩٠٣ عدد ٩٣ ص ١٧٨ مجموعة رسمية سنة ٥

٦٨٣ — اذا تعاقد ورثة متوف على أن يتنازل أحدهم لباقيهم عن حصته في
الميراث دون أن يذكر في العقد قيمة هذه الحصة ولا حصول المتنازل على شيء يقابلها
فهذا العقد ليس بيعاً ولا تخارجاً بل هبة صريحة وعلى ذلك يلزم لصحته أن يكون
عقداً رسمياً — حكم جرجا الجزئية ٦ أغسطس سنة ٩٠٤ عدد ٦٩ مجموعة ص ١٤٣ سنة ٦

٦٨٤ — لأجل أن تكون الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع صحيحة ولو لم تكن بعقد رسمي يجب أن يكون العقد المشتل عليها أفرغ ظاهراً في قالب بيع حقيقي وعلى ذلك فإذا كانت الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع حاصلة بعقد عرفي نص فيه على هبة الثمن فالهبة باطلة لعدم حصولها بعقد رسمي — حكم محكمة الاستئناف الرقيم ٤ مايو سنة ٩٠٥ عدد ١١٠ مجموعة ص ٢٣٨ سنة ٦ و ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ مجموعة رسمية نمرة ٦٤ سنة ٩١٢

٦٨٥ — إذا بيعت أرض بمقتضى عقد ذكر فيه ثمن لها وأعفى المشتري صراحة من دفعه وجب عدم تجرئة هذا العقد عند تفسيره وبذلك يكون من انتقلت إليه العين موهوباً له لا مشترياً ويعتبر العقد عقد هبة يجب فيه أن يكون رسمياً والآن كان لاغياً عملاً بالمادة (٤٨) مدني — الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩١٠ ص ١٠٩ مجموعة ص ٢٩٩ سنة ١١ والاستئناف ٣ فبراير سنة ٩١١ عدد ٦٥ مجموعة رسمية س ١٢

٦٨٦ — عقد البيع الذي ذكر فيه ثمن للبيع وهو في الواقع هبة يعتبر عقد هبة في صورة بيع بالمعنى المقصود في المادة ٤٨ مدني وبناء عليه لا يلزم أن يكون العقد رسمياً — الاستئناف ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ نمرة ٦٤ ص ١١٨ س ١٣

وحكم على عكس ما تقدم بما يأتي :

٦٨٧ — الهبة المفرغة في قالب عقد بيع غير رسمي تعتبر صحيحة حتى ولو ظهر من العقد أن القصد هو الهبة وخصوصاً مثل الحالة التي ينص فيها على الاعفاء من دفع الثمن — محكمة اسكندرية الابتدائية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٦ مجموعة رسمية سنة ثامنة عدد ٢٥٧ ص ١٢٢

٦٨٨ — ليس المقصود من المادة (٤٨) من القانون المدني أن الهبة التي لم تعمل بعقد رسمي يجب أن تكون مستترة وغير ظاهرة من العقد وإنما يكفي أن يكون عقد الهبة موصوفاً بصفة عقد آخر فلا يطل اذن عقد الهبة ان كان موصوفاً بصفة عقد بيع ولو كان الواهب اعترف فيه صراحة بأنه وهب الثمن للمشتري فظهر من العقد ان البيع صوري — الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩٠٤ نمرة ٨٧ ص ٢٠٠ سنة تاسعة مجموعة رسمية

٦٨٩ — تصح هبة العقار بعقد عرفي في صيغة عقد بيع ولو كان الموهوب له

معنى صراحة فيه من دفع الثمن — الاستئناف ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ نمرة ٥٢ ص ١١٩ .
س ١٠ و ١٣ مايو سنة ١٩١٣ مجموعة رسية سنة ١٤ ص ١٠٤

٦٩٠ — هذا وليس من الضروري استلام العين الموهبة هبة مستترة فقد

حكمت المحكمة المختلطة بأن الظروف التي يستفاد منها بقاء العين تحت يد البائع
وعدم قبضه الثمن تدل على أن العقد هو من عقود التبرع وليس من عقود البيع
الحقيقي ولكن ذلك لا يعد سبباً قانونياً لابطاله متى كان صدوره برضاء صحيح —

« مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ سنة ١٥ ص ٢٠٣ فقرة ٤٣٢٨ مجموعة ثانية »

٦٩١ — يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

الصفة الثالثة

وتقديره يجب أن يكون بمعرفة المتعاقدين كما يؤخذ من نص المواد ٢٣٥ و ٢٣٦ .

(٣١٨ و ٣١١ مختلط) وذلك لأن تكوين العقد يرجع لاتفاقهما

٦٩٢ — وللعاقدين الحرية المطلقة في تقدير الثمن والاتفاق عليه قبل عقد البيع

بشرط أن لا يتوقف التقدير على مشيئة أحدهما دون الآخر . وكل طريقة يتفقان
عليها بلا دخل لارادة أحدهما وتؤدي لتقدير الثمن تقديراً صحيحاً يصح بها البيع
فيصح بيع الشيء بالثمن الذي اشتراه به البائع (اذا كانت مستندات الشراء الاولى
موجودة والآ أدى الأمر للنزاع في صحة التقدير وبطل البيع) وكذلك يصح البيع
بسعر السوق في يوم البيع أو أي يوم آخر

٦٩٣ — وحكمت المحكمة المختلطة أن العادة الجارية في تجارة القطن أن يشتري

المشتري الصفقة من القطن ويترك للبائع الخيار في تحديد الثمن في ميعاد معين بينهما
في نفس الشروط . وتحديد الثمن إما أن يكون بناءً على الكنتراتات أو على الأسعار
الجارية في الجهة

أما السعر الذي يحصل تحديد الثمن بناءً عليه فهو سعر اليوم الذي أعلن البائع فيه

للمشتري رغبته في قطع السعر . وأما ما يكون دفعه المشتري للبائع من النقود فيجب

أن يدخل في المحاسبة وأن ينخصم من الثمن الذي حدد بحسب سعر اليوم الذي اختاره البائع — مخطوط ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ ص ١٦ من ١١١ نمرة ٤٣٤٢ مجموعة ثانية ٦٩٤ — ولا يجوز الاتفاق على بيع الشيء بقيمته بغير بيان للثمن . وقد أجاز ذلك بعض الشراح باناً صحة رأيه على أن هذا الاتفاق يدل على رغبة المتعاقدين في توثيق المبيع بمعرفة خبير . واعتُرض بأنه لو كان الأمر كذلك لوجب تعيين الخبير في العقد كما يقضى بذلك القانون الفرنسي أما والتعيين لم يحصل فالعقد باطل

٦٩٥ — وكذلك لا ينعقد البيع إذا حصل الاتفاق على البيع بالثمن الذي يعرض على البائع للشراء به لأن ذلك داع للنزاع : فالبايع يتوقع ثمناً مرتفعاً والشاري ثمناً منخفضاً وكل منهما يسعى بحسب مصلحته فيما يرفع السعر أو يخفضه . ومثل هذه المشاركات تدخل في مشاركات البيع بالاولوية السابق الكلام عليها في الوعود بالبيع الصادرة من جانب واحد

٦٩٦ — والبيع في جميع هذه الاحوال غير جائز بحسب الشريعة الإسلامية لأنه يجب أن يكون الثمن معلوماً بكيفية ترفع المنازعة كذكر قدره وصفته وذلك لأن التسليم والتسلم واجبان بمقتضى عقد البيع وكل ما هو واجب بالعقد يتمتع حصوله بالجهالة المفضية للنزاع لأن التسليم يتمتع بها — فتح القدير ص ٨٣ ج ٥ وابن عابدين ص ٦ ج ٤ .

وعلى هذا قرروا بأنه لا يجوز بيع الشيء بقيمته أو بحكم فلان أو بما حل به أو بما تريد أو برأس ماله أو بمثل ما اشترى به فلان ولكن لو علم المشتري بمقدار الثمن في المجلس فرضى به عاد البيع جائزاً وذلك لأن الثمن أصبح معلوماً والاركان متوفرة

وقالوا كذلك إنه لا يجوز بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت

كالخبز واللحم — فتح القدير ص ٨٣ ج ٥ وابن عابدين ج ٤ ص ٦ .

في تقييد حرية
المتعاقدين

٦٩٧ — للمتعاقدين في الاصل كما قلنا الجزية التامة في تقدير الثمن بحسب

اتفاقهما ولكن بعض القوانين قد قيد هذه الحرية بوضع حد أقصى للأسعار وخصوصاً المتعلق منها بالمواد الغذائية وقد صدر في وقتنا هذا قانون نمرة ٦ لسنة ١٩١٤ يقضى بوضع تعريفة تتضمن أقصى الأسعار للأصناف الغذائية ومواد الحاجيات الأولية وذلك لمداكمة ما عساه يحدث من الارتفاع المصطنع في تلك الأسعار

٦٩٨ — لا نزاع في أن الاتفاق على الثمن يكون بمعرفة المتعاقدين كما قدمنا

فيمن له حق
تقدير الثمن

ولكن هل يجوز تفويض تقدير الثمن لأجنبي أو لا يجوز؟

وأهمية السؤال تأتي من جهة النص الصريح على ذلك في القانون الفرنسي (مادة ١٥٩٢) وسكوت القانون المصري . فهل يحمل هذا السكوت على عدم ارادة الشارع الأخذ بمضمون هذه المادة أو أن الأخذ بها لا يزال مع ذلك جائزاً

نقول إن في الأمر شكاً والظاهر أن المسألة لم تعرض على القضاء فلم أعتز على أحكام في هذا الموضوع ولم يجر العرف على اتباعها بل الغالب أن يستشير المتعاقدان ذوى الرأي وأهل الفن قبل إبرام التعاقد ومتى وقف كل منهما على ما يساويه المبيع عند البيع واتفقا على الثمن ذكراه في عقد البيع . أو أن كلاهما يعين وكيلاً خاصاً عنه ولكن المسألة المعروضة هي تعيين شخص واحد يمثل كلا من المتعاقدين لتقدير ثمن المبيع ولم يكن لأحدهما أن يطلب زيادته أو نقصه بعد ذلك

ويمكن الاجابة على ذلك برأين :

أولاً — للعاقدين حق تفويض تقدير الثمن لأجنبي عن العقد بناء على قاعدة حرية الاتفاقات ما دامت لم تكن مخالفة للآداب ولا للنظام العام ولان حركة التجارة قد تستدعى ذلك في الاحوال التي تحتاج لمعلومات فنية وتسهيلها من المصلحة العامة وتلك هي الأسباب التي أخذ بها الشارع الفرنسي لتقرير هذه القاعدة

ثانياً — يمكن أن يقال إن في سكوت الشارع المصري عن نقل هذه المادة تركاً للعمل بمضمونها لأنها تؤدي لعمل غير مجدٍ ونتيجة غير مضمونة فان الأجنبي المفوض

اليه التحكيم اذا لم يقبله أو لم يستطع مباشرته أو مات قبل التقدير بطل البيع (راجع مادة ١٥٩٢ فرنساوى). ويعين على ابداء هذا رأى كون هذا الأمر نادراً حصوله فى العرف وأن الشريعة الاسلامية التى كانت معمولاً بها حين اصدار القوانين لا تميز ذلك لجهالة الثمن فانه يشترط لصحة البيع شرعاً معلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع الشيء بحكم فلان — ابن عابد بن ص ٦ ج ٤ ونفس واضع القانون فرنساوى لاحظوا ذلك ولكنهم توسعوا فقالوا إن الثمن وان لم يكن معيناً وقت اتفاق المتعاقدين على البيع ولكنه سيعين بعد بمعرفة الأجنبي ويعتبر تعيينه حاصلًا من وقت التعاقد

وقد قام الخلاف فى نفس تسمية هذا الاجنبى أيسمى حكماً وليس من نزاع فى خصومة ليوكل اليه حسمها وانما وكل اليه تقدير الثمن أو يسمى خبيراً والخبير رأيه استشارى مع أن الحكم رأيه قطعى نافذ على الجانبين أو يسمى وكيلًا وما هو بوكيل نائب عن الجانبين المختلفى المصالح وانما هو ثالث يبدى رأياً مستقلاً عن آرائهما ورغباتهما

هذان رأيان يمكن ابداءهما ولكل منهما وجهة

٦٩٩ — وإحاطة بأطراف الموضوع نذكر بإيجاز القواعد المترتبة على رأى من فيما يترتب على تعيين الخبير

يميز تعيين الخبراء لتقدير الثمن

٧٠٠ — قال الشراح الفرنسيون إن هذا الأجنبى يسمى خبيراً وإن كان قانونهم سماه حكماً. ويجب أن يعينه العاقدان بأنفسهما فى عقد البيع اذ لو كان التعيين متروكاً لغيرهما كالحاكم مثلاً لما كانت حالة عدم قدرة الخبير أو عدم رغبته فى أداء المهمة المطلوبة مانعة من تكوين البيع لجواز تعيين غيره مع أن القانون فرنساوى صريح فى أنه إذا لم يستطع الحكم أو لم يرد أداء المأمورية فلا ينقذ البيع

٧٠١ — ويجوز أن يكون هذا الحكم أو الخبير واحداً أو أكثر. ويعد وكيلًا

عن العاقدين فى تقدير الثمن

٧٠٢ — وبمجرد تعيينه في العقد يتم البيع ولو كان الثمن غير مسمى لأن التقدير أصبح غير متعلق بإرادة أحدهما

٧٠٣ — وبمجرد تقدير الثمن بمعرفة الخبير يعتبر البيع تاماً من وقت التعاقد . فإذا لم يستطع أو لم يرد تقدير الثمن فلا ينعقد البيع

٧٠٤ — ويترتب على اعتبار البيع تاماً بمجرد تقدير الخبير من تاريخ التعاقد انتقال الملكية من ذلك الحين وضرورة تسجيل عقد البيع بمجرد صدوره ليمسك به المشتري قبل الغير

٧٠٥ — وليس للمحاكم أن تعين خبيراً مكان الخبير الذي يرفض أداء المأمورية أو الذي يموت . وذلك لأنه بمجرد حصول أمر من ذلك لا ينعقد البيع وليس للمحاكم أن تحل محل الخصوم في عمل متعلق بمحض إرادتهم

وإذا حصل الاتفاق على تعيين الخبير بعقد لاحق ثم رفض أحد المتعاقدين تنفيذ تعهده فلا يتم البيع وليس للآخر مطالبة بتعويض ارتكائاً على أنه تعهد بعمل شيء لم ينفذه وذلك لأن التعهد هو عبارة عن بيع لم يتم

أما لو لحق أحدهما ضرر من ذلك كأن أعلن عن بيع محله وعزمه على الرحيل فبارت تجارته فله الحق في التعويض بناءً على القاعدة القاضية بأن من أحدث ضرراً لغيره فعليه تعويضه

٧٠٦ — وتقدير الثمن بمعرفة الخبير يجب أن يكون بمراعاة قيمة الشيء وقت التعاقد لا وقت التقويم بمعنى أنه يصرف النظر عن الزيادة الطارئة لأن تقدير الثمن يجب أن يحصل وقت التعاقد ولو كان قدره المتعاقدان بأنفسهما لحصل التقدير في ذلك الوقت

٧٠٧ — وليس للعاقدين أن ينقضا تقدير الخبير لأن ذلك مؤدٍ لعدم تنفيذ اتفاقهم . فإذا خرج الخبير عن حدود مأموريته أو وقع تدليس من أحد المتعاقدين جاز النقض وذلك لأن الخروج عن حدود المأمورية في الحالة الأولى يجعل التقدير

غير صحيح وفي الثانية يجوز لحصول التدليس المفسد للرضا

٧٠٨ — والبيع يعتبر معلقاً على شرط موقف لا يجاده ويترتب عليه النتائج المترتبة على الشرط وهي أن مفعول الشرط يستند الى الماضي اذا تم . واذا لم يتم أى لم يحصل تقدير الثمن لسبب من الأسباب المتقدمة فلا بيع لأن الثمن يكون معدوماً « كتاب العقود لجرانمولان ص ٥ وبلانيول فقرة ١٣٨٤ ج ٢ ودوهرلس فقرة ٩ ج ٤ بيع »

٧٠٩ — ليس من اللازم أن المشتري هو الذى يدفع الثمن فاذا تعهد شخص آخر بدفعه فالمشتري يصير مالكا على كل حال . أما فيما يتعلق بعلاقة دافع الثمن بالمشتري فتختلف باختلاف قصد دافع المبلغ فقد يجوز أن يكون الدافع هبة أو قرضاً أو أداء دين عليه للمشتري — بلانيول فقرة ١٣٨٢ ج ٢

فرع خاص — فى المقصد الشرعى^(١)

٧١٠ — الى هنا تكلمنا على أركان البيع باعتباره عقداً خاصاً ولكن لا يغيب عن الذهن أنه يجب أن تتوفر فيه أيضاً جميع شروط صحة التعهدات على العموم من رضا . وأهلية . ومحل . ومقصد (سبب)

أما الرضا والمحل فقد وفيما هما حقهما من البحث ولنا مع ذلك عودة للكلام على الرضا فى الفصل الخاص « بالمتعاقدين » كما سنتكلم فيه أيضاً على الأهلية . بقى المقصد فنقول فيه كلمة موجزة

٧١١ — بما أن البيع لا يخرج عن كونه تعهداً من التعهدات وجب لصحته أن يكون مبنيّاً على مقصد صحيح جائز قانوناً كما نصت على ذلك مادة ٩٤ أهلى — « ١٤٨ مختلط و ٢١١ مرشد الحيران »

ولا كلام لنا هنا على تعريف المقصد الشرعى وبيان أحكامه والفارق بينه وبين

(١) Cause legale — سبق أن قلنا بأننا تفضل هنا التعبير الوارد فى مادة ٢١١ مرشد الحيران لما فيه من مزية رفع اللبس الناشئ من استعمال كلمة سبب — راجع فقرة ٥٠٢ السابقة وزيد عليه أن نفس القانون استعمال كلمة سبب بمعنى juste-titre فى مادة ٧٦ أهلى

الباعث^(١) على التعاقد فشرح ذلك خاص بباب التعهدات — انظر في ذلك بودري

الوجيز فقرة ٨٤٦ وما بعدها ج ٢ وبلايول فقرة ١٠٢٦ وما بعدها ج ٢ وفتحى باشازغلول ص ١٣٥

٧١٢ — وغاية ما تقصد التنبيه اليه هو أن البطلان مقرر في حالة عدم صحة

في الفرق بين
المقصد والباعث
في البيع

المقصد أو عدم جوازه قانوناً لا في حالة عدم صحة الباعث أو عدم جوازه قانوناً

لذلك وجب التفريق بين الأمرين عند طلب بطلان البيع . وفي هذا المقام لسنا

نكر أن الشراح لم يهتدوا الى وضع حد فاصل بينهما وميز لكل منهما بوضوح وجلاء .

الآن أنه ربما كان هذا التمييز أظهر وأوضح في عقد البيع عن غيره من سائر العقود

٧١٣ — فالمقصد في كل عقد هو الغرض الأصلي منه أو السبب القريب المباشر

ولذلك قال الشراح إنه لا يختلف في العقود التي من نوع واحد لأن تعهد كل جانب

مقصد لتعهد الجانب الآخر . ففي البيع يقصد المشتري من الشراء الحصول على المبيع

(وهو عبارة عن تعهد البائع) ويقصد البائع من البيع الحصول على الثمن (وهو

عبارة عن تعهد المشتري) . وهذا المقصد لا يتغير في جميع عقود البيع

أما الباعث فهو الغرض العارضى أو السبب البعيد الذي يختلف باختلاف

النزعات والعوامل الشخصية وكثيراً ما يكون باطنياً وأمره مكتوم عن التعاقد معه .

مثال ذلك شراء منزل فهذا يشتريه ليسكنه . وذاك ليجعله مدرسة . وثالث ليتخذه

مصنعاً . ورابع ليجعله فضاء لبيته أو بستاناً وهكذا

كذلك بيع الشيء للحصول على الثمن . فهذا يحصل عليه ليؤدي دينه . وذاك

للائتمان منه على نفسه ومن يعولهم . وثالث لعزمه على سفر وهكذا مما لا حصر له

٧١٤ — يتبين من هذا أن المقصد شيء والباعث شيء آخر . فالوقوف على صحة

المقصد وجوازه قانوناً يجب البحث في نفس أركان البيع والعناصر المكوّنة له لا في

البواعث الدافعة للبيع أو الشراء . فإذا كان ركن البيع صحيحاً وجائزاً قانوناً كان

المقصد كذلك أما اذا كان غير صحيح أو غير جائز قانوناً فالمقصد غير صحيح مثال

ذلك أن يكون المبيع رقيقاً أو حشيشاً والتمن دين قمار فالبيع باطل لأن المقصد غير شرعى أما إذا كان الباعث غير جائز قانوناً فالبيع لا يكون باطلاً حتماً بل يكون صحيحاً لأن القانون لم يقرر البطلان لهذا السبب اعتقاداً منه بأن البواعث تختلف اختلافاً لا حصر له كما قدمنا . فإذا كانت غير جائزة فى حالة فى أحوال عديدة تكون جائزة . ولكن المقصد إذا كان غير جائز قانوناً فهو كذلك أبداً فى سائر العقود .
فالتفريق بينهما حينئذ واجب

ومن الخطأ أن يعد مقصداً للبيع غرض المشتري من استعمال المبيع فى أمر معين . عند الشراء أو غرض البائع من استعمال الثمن الذى قبضه . وكثيراً ما تخطئ المحاكم فى هذا الصدد فتحكم بأن البيع باطل لا بتناؤه على مقصد غير جائز متى ظهر لها أن المبيع حصل شراؤه ليكون مخصصاً لاستعمال غير جائز قانوناً وهو خطأ ظاهر ومخالف لنص القانون لأن الاستعمال ليس هو المقصد (السبب)

ولقد أشارت الى هذا التمييز محكمة بوردو الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٨٨٨ وقال بوجوبه شراح القانون — انظر بودرى الوجيز فقرة ٨٥٣ ص ٦٠٩ وبلانيول فقرة ١٠٣٩ وبودان كتاب البيع والاجارة ص ١٠٤ فقرة ١٥٢

مثال ذلك شخص اعتقد أنه ورث فاشترى أطياناً ثم تبين أنه لم يرث فلا يجوز له طلب إبطال البيع بناءً على عدم صحة الباعث . كذلك لو اشترى صناديق لشحن « حشيش » فيها فلا يجوز إبطال بيع الصناديق لأنها معدة لاستعمالها فى أمر غير جائز قانوناً فان بيع الصناديق غير محرم والبطلان لا يصح أن يبنى على الباعث

٧١٥ — تبين مما تقدم أن المقصد فى العقد متعلق بأركانه ولذا يختلط المقصد أحياناً بمحل العقد بمعنى أن ما يعتبر محلاً لتعهد أحد المتعاقدين يكون مقصداً لتعهد المتعاقد معه فى نفس الوقت . فالمبيع الذى هو مقصد المشتري كما ينأ هو محل تعهد البائع . والتمن الذى هو مقصد البائع هو أيضاً محل تعهد المشتري
ومن ثم فمتى كان البيع صحيحاً من جهة المحل فهو صحيح من جهة المقصد وإذا

كان باطلاً بالنسبة للمحل جاز طلب إبطاله لعدم وجود مقصد صحيح
ولهذا ترى بعض الشراح الحديثين يفضلون إهمال النصوص المتعلقة بالمقصد في
التعهدات لعدم الفائدة من وجودها وانعدام الضرر من حذفها — انظر بلانيول
فقرة ١٠٤٠

وقد جرت بعض القوانين الحديثة على هذا المذهب كقانوني سويسرا وألمانيا
فانهما أهملتا ما يتعلق بالمقصد

٧١٦ — وقد حكم بأن السبب الصوري للتعهد هو سبب صحيح متى كان
لا يجرمه القانون ولا يخالف النظام العام أو الآداب فيتعين حينئذ الحكم بصحة البيع
الذي يذكر في عقده أن الثمن دفع وحقيقة سببه وفاء دين مستحق للمشتري على زوج
البائعة الذي اتفق معها على أن تبيع أطياناً لهذا الغرض كان قد باعها إياها —
« طنطا استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ نمرة ٨٨ ص ١٦٩ مجموعة رسمية ص ٥ »

الفصل السادس

الفرع الأول — في شكل البيع

إلى هنا تكلمنا على أركان البيع والشراء وعلى شروط صحته فلتكلم عليه الآن
من جهة شكله وطرق اثباته والمصاريف المترتبة عليه ثم تتبع ذلك بالكلام على
الأحوال التي قد يتكيف بها البيع (صيغه)

٧١٧ — البيع من جهة شكله (صورته) إما أن يكون خاصاً أو عاماً
فانخاص ما وقع بين بائع ومشتري يختاره البائع وهذا ما يسمى عرفاً (بيع بالممارسة)
والعام ما طرح في المزاد العلني ووقع لمن يقدم أعلا ثمن — وهذا البيع إما أن
يحصل بواسطة البائعين أنفسهم (كما هي طريقة بعض مصالح الحكومة والدوائر)
أو بواسطة المحكمة

وقد يكون بواسطة سماسرة أو أحد أرباب الوظائف العمومية — انظر مادة

٢٧٨ تجارى

والبيع على يد المحكمة إما أن يكون اختياراً بالكيفية المينة في مادة ٦٢٠ مرافعات أو جبراً كما في حالة بيع الأشياء المحجوز عليها

شكل البيع
الخاص

٧١٨ — وكلامنا هنا قاصر على البيع الخاص فنقول :

هذا البيع إما أن يكون بالكتابة أو بالشفاهة . وإن كان بالكتابة فيكون بعقد عرفي أو عقد رسمى لأن البيع ليس من عقود العلانية . سيان في ذلك بيع المنقول أو العقار والكتابة كما قدمنا (فقرة ٨٠ وما بعدها) ليست لازمة لتكوين البيع وانعقاده وإنما هي لازمة لإثباته فقط لأن البيع من عقود التراضي التي تتم بتوفر أركانه الثلاثة وهي التراضي بالبيع والشراء والاتفاق على المبيع والثمن

والعبارة الثانية من مادة ٢٣٧ أهلى (٣٠٣ مختلط) لا تجعل للشك في هذا المقام سبيلاً فإنها بعد أن بينت صور البيع نصت من قبيل الاستدراك على أنه في حالة الانكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات

وهذا صريح في أن البيع يصح شفهاً في جميع الأحوال بالغة قيمة المبيع ما بلغت فإذا اعترف المتعاقدان بالبيع لزمهما كما إذا كان حاصلًا بالكتابة ولا حاجة للكتابة والرجوع إليها إلا إذا أنكر أحد المتعاقدين تعاقدته فعند الجحود تراعى قواعد الإثبات

وقد كان المتبع قديماً إثبات البيع بسند يسمى حجة ان كان موضوعه أرضاً خراجية وتقسيمياً ان كان موضوعه أرضاً عشورية وعلى كل حال ما كان يتوقف انعقاد البيع على تسليم هذه السندات فالبيع في الشريعة الاسلامية من عقود التراضي أيضاً ٧١٩ — على أنه قد يضطر المتعاقدان لتحرير البيع بالكتابة اذا كان وارداً على

عقار أو حق عيني ولكن الغرض من ذلك ليس هو لزوم الكتابة للانعقاد بل التوصل لجعل هذا البيع منتجاً أحكامه القانونية فان الملكية لا تنتقل بالنسبة لغير المتعاقدين

والعقد لا يحتاج به عليهما إلا بالتسجيل والتسجيل لا يتأتى إلا إذا كان العقد مكتوباً
« ٢٧٠ مدني أهلي و ٣٤١ مخطط »

٧٢٠ — وعدم توقف انعقاد البيع على الكتابة هو الأصل إلا أن المتعاقدين
الاتفاق على خلاف ذلك فلهما أن يعلقا انعقاد البيع على تحرير عقد عرفي أو رسمي
به وذلك أمر مشاهد كثيراً في العمل — انظر فيما تقدم فقرة ٨٧ وما بعدها

في تعليق
انعقاد البيع على
كتابة عقد

وفي هذه الحالة يعد الاتفاق الشفهي على المبيع والتمن مشروع بيع فقط لكل
طرف الرجوع فيه قبل تحرير العقد لأن البيع لا يتم ولا يكون ناقلاً للملك إلا بالكتابة
طبقاً لاتفاق المتعاقدين الذي هو قانونهما

ولكون هذا الأمر جاء على خلاف الأصل يجب أن تكون رغبة المتعاقدين في
تعليق انعقاد البيع على تحرير العقد ظاهرة بصفة جلية فمجرد القول البسيط بتحرير
عقد بالبيع فيما بعد لا يبرر مخالفة القانون العام ولا يدعو لاعتبار البيع معلق الانعقاد
على التحرير — انظر بودري المطول فقرة ١٨٦ ودوהלر فقرة ١١٠ بيع ج ٤

٧٢١ — كذلك الحال لو نص المتعاقدان في عقد عرفي على استبداله بعقد رسمي
فالبيع يعتبر تاماً من تاريخ تحرير الورقة العرفية ولو امتنع أحد المتعاقدين عن تحرير
الورقة الرسمية إلا إذا تبين بكيفية واضحة جلية ان رغبة المتعاقدين هي تعليق الانعقاد
ذاته على تحرير العقد الرسمي . لذلك يتعين عليهما أن يصرحا في الورقة العرفية بأنها
تحررت بصفة مشروع بيع لا يتم إلا بتحرير العقد الرسمي فبذلك يكون العقد الرسمي
من المسائل الأساسية لتمام البيع ولو حصل الاتفاق على المبيع والتمن وإن لم يصرحا
بذلك فالبيع يعتبر تاماً من تاريخ تحرير الورقة العرفية لأنه لا فرق بين الورقة العرفية
والرسمية إلا من جهة قوة الإثبات لا من جهة تكوين البيع وتوفر أركان انعقاده

ويرجع في تفسير قيمة مثل هذا الاتفاق وما يترتب عليه من الأحكام إلى قصد
المتعاقدين فالمسألة حينئذ مسألة وقائع يرجع في تقديرها إلى القضاء — بودان فقرة

يستخلص مما تقدم ان لهذه المسألة وجهين :

١ — فإما أن يكون قصد المتعاقدين أن البيع لا يوجد (أى لا ينعقد) ما دامت الكتابة لم تحصل ويكون حينئذ العقد هنا عبارة عن مشروع بيع لا يربط المتعاقدين إلا عند تحرير العقد

وفي هذه الحالة اذا ظهر أن العقد الرسمي باطل فالبيع لا يتم لأن العقد الرسمي هنا ليس مجرد طريق للثبوت بل شرط من الشروط المعلق عليها انعقاد البيع — « دولس فقرة ١١٠ عبارة أخيرة بيع ج ٤ »

ب — وإما أن يكون القصد تحرير عقد بالبيع لتأكيد كيدته وإثباته فقط وحينئذ ينعقد البيع قبل تحرير العقد وينتج أحكامه وليس للمتعاقدين الرجوع فيه

٧٢٢ — والتعهد بتحرير العقد هو تعهد مستقل موضوعه الالتزام بعمل شيء فينفذ بالطرق العامة لتنفيذ التعهدات ولذلك يتحول الى تعويضات عند الامتناع عن فثاقه فإذا طلب أحد المتعاقدين لتحرير العقد الرسمي فامتنع فلا سبيل لإجباره بالقوة على ذلك لأنه متعهد بعمل شيء فعدم تنفيذه لا يستلزم الاكراه وانما يجوز طلب تعويض يقدر باعتبار مبلغ معين عن كل يوم من أيام التأخير إذا لم يدعن الممتنع لتحرير العقد في ميعاد تحدده له المحكمة ويجوز لدى الشأن وهو الأفضل طلب اعتبار الحكم الصادر بثبوت الامتناع قائماً مقام السند الرسمي — بوردى المطول فقرة ١٨٧

٧٢٣ — وتعلق انعقاد البيع على تحرير عقد عرفياً كان أو رسمياً لا يجعل البيع معلقاً على شرط موقف كما يرى بعضهم لأن التعليق هنا وارد على التراضى وهو ركن للبيع فتراضى المتعاقدين النهائى معلق على تحرير العقد كتابة ولذلك كان لكل منهما أن يرجع فى قوله قبل التحرير لأن الاتفاق الأول عبارة عن مجرد مشروع بيع . وبهذا يعترض على القائلين بأن البيع يعد بيعاً معلقاً على شرط موقف فى حالة ما إذا تحقق اعتبار البيع تاماً من تاريخ التعاقد الاصلى كما أنه برد عليهم أيضاً

فى اعتبار
الحكم فى مقام
العقد الرسمى
عند الامتناع

أن الشرط لا يصبح هنا لأنه شرط معلق على مشيئة كل من المتعاقدين إن شاء نفذه
وإن شاء لم ينفذه

٧٢٤ — حكمت المحكمة الأهلية بما يأتي :

تطبيقات

اتفق أغلب علماء القوانين على أنه في حالة ما إذا كان عقد البيع حصل
بالمشافهة اللفظية أو الكتابة العرفية واتفق المتعاقدان على أنه فيما بعد يحرر سند رسمي
بينهما بموضوع التعاقد الموجب باللفظ والكتابة العرفية فهذا الاتفاق لا يكون شرطاً
موقفاً للبيع أى مانعاً من لزومه لغاية حصوله إلا إذا دل العقد دلالة صريحة على أن
نية المتعاقدين متفقة على الإيقاف وعدم اللزوم حين تمام تحرير السند الرسمي وأما
إذا لم يدل العقد دلالة صريحة على ذلك فيعتبر أن المتعاقدين أرادا فقط إثبات
تعهدهما وتعاقدتهما فيما بعد بسند رسمي لحكمة ما ولا يكون شرطاً موقفاً للبيع بل هو
لازم من وقت صدوره

وقرروا كذلك بأنه إذا صار تنفيذ عقد البيع بتسليم المبيع مثلاً قبل تحرير العقد
الرسمي المتفق عليه بينهما فهذا التنفيذ ينقضي كون الاتفاق على تحرير السند الرسمي
مؤخراً شرطاً موقفاً للبيع ولو كان العقد الأول يدل دلالة صريحة على اعتبار التحرير
الرسمي شرطاً فإن التنفيذ يبطل هذا الاتفاق لأن إرادة المتعاقدين هي إثبات ما كان
بينهما بسند رسمي فقط فمضى الميعاد المعين لتحرير ذلك السند الرسمي بدون حصول
التحرير لا يفسخ البيع ولا يمسه بشيء ما وقد نص على ذلك في كتاب العالم دالوز
بالمجلد الثالث والأربعين ص ٦٢ عدد ٦٥ وما بعده وفي كتاب المؤلف ماركديه
جزء سادس ص ١٧٩

(مصر حكم استئناف ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ن ٨ ص ١٩٧ القضاء المصري
جزء أول نمرة ٢٣١ فقرة ثانية)

الفرع الثاني — في اثبات البيع

شريعة اسلامية

مادة ١٧٣ مجلة — كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً
مادة ١٧٤ — ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للآخرس

قانونه فرنساوى

مادة ١٥٨٢ فقرة ثانية — ويجوز أن يكون البيع بعقد رسمى أو عرقى

قوانين مصرية

مادة ٢٣٧ أهلى — يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة وانما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات
مادة ٣٠٢ مختلط — يجوز أن يكون البيع بالكتابة بعقد رسمى أو عرقى

مادة ٣٠٣ مختلط — ويجوز أن يكون مشافهة أو بالإشارة وانما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

٧٢٥ — البيع من عقود التراضى كما تقدم ، لهذا يجوز أن يكون بالكتابة أو المشافهة أو إشارة الآخرس . فتم التراضى ولو شفهاً تم البيع وانعقد ولا استثناء لذلك إلا ما قدمنا فى فقرتى ٨٦ و ٨٧ أى حالة بيع السفن التجارية والمراكب البحرية المشترط بيعها بعقد رسمى (مادة ٣٥ من قانون التجارة) وحالة اتفاق المتعاقدين على تحرير عقد كتابى بالبيع — راجع أيضاً فقرة ٧٢٠ المقدمة

فى المراد بالكتابة

٧٢٦ — فالكتابة فى الواقع لا يقصد بها غير اثبات التعاقد عند النزاع وليست لازمة لصحة البيع^(١) وعلى ذلك اذا لم يتحرر عقد بالبيع أو تحرر ثم ضاع جاز مع ذلك

(١) كذلك يقصد بالكتابة أو الشهادة فى البيع عند الشرعيين الاثبات ودفع الريبة قال تعالى « وأشهدوا اذا تباعتم » أمر بالتوثيق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد — فتح القدير ص ٨٨ ج ٥ وقال عز وجل « ولا تساموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها » بينت هذه الآية الحكمة من الكتابة ولم تجعلها ركناً من أركان العقد ولا شرطاً لصحته واستثنت المسائل التجارية منها كما هو الشأن فى القوانين الوضعية التى تفرق بين المسائل التجارية والمدنية

اثبات البيع بكافة الطرق الجائزة قانوناً — راجع يودازقرة ١٥٥ ص ١٠٦ من كتاب
البيع والاجارة

٧٢٧ — على أن القانون وان أجاز البيع مشافهة لكنه لم يرد أن يخل بالقواعد
العامة المقررة في مواد الاثبات عند الانكار فصرح بوجوب سرياتها عليه كما هي
سارية على جميع التعهدات القانونية الاخرى — انظر مادة ٢٣٧ أهلى و ٣٠٣ مختلط
وعلى هذا كل ما زادت قيمته من البيوع المدنية عن ألف قرش لا يجوز اثباته
بغير الكتابة ما لم يكن هناك مانع من الاستحصال عليها — مادة ٢١٥ مدنى
أهلى و ٢٨٠ مختلط

في ضرورة
مراعاة قواعد
الاثبات

أما البيوع التجارية فيجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية بما فيها الاثبات بالينة
وبقرائن الأحوال — مادة ٢٣٤ أهلى و ٢٩٩ مختلط

٧٢٨ — واذا طعن في عقد بيع بأنه صورى فلا يجوز اثباته بين المتعاقدين
بالينة اذا كانت القيمة تزيد عن الحد الجائز فيه الاثبات بها — الاستقلال عدد ٩
سنة ٦

٧٢٩ — أما غير المتعاقد الذى أضربه عقد البيع فله أن يثبت بالينة أن العقد
المذكور صورى — حكم محكمة مغاغة الجزئية الرقم ٢٢ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ٢٤ مجموعة
ص ٥٥ سنة ٧

٧٣٠ — وقد لاحظ العلامة بلانيول على تعبير القانون في قوله (يكون البيع
بالكتابة) قائلاً انه كان الأولى أن يكون التعبير بلفظ « يثبت » لأن الكتابة ليست
لازمة لصحة العقد وانما الغرض منها الإثبات فقط

وهذه ملاحظة يمكن ابدائها بصفة عامة لأن غرض القانون بيان الكيفية التي
يحصل بها البيع والبيع قد يكون فعلاً بواسطة الكتابة كالبيع بالمراسلات

ولهذا يفضل تعبير الفقهاء الشرعيين في هذا الصدد قائمهم يقولون بأن البيع انعقد
بالايجاب والقبول خطاباً (أى مشافهة) كما انعقد بهما تحريراً ومكاتبه — مادة ٢٥٢

مرشد الحيران

٧٣١ — ولما كان بيع العقار لا يحتج به على الغير إلا من تاريخ تسجيله (مادة ٦١١ أهلى و ٧٣٧ مختلط) فذلك يؤدى حتماً الى ضرورة تحرير تلك العقود بالكتابة حتى يتيسر تسجيلها غير أنه ليس من الضروري أن يكون المحرر رسمياً لا مكان تسجيله فالعقد العرفى كاف

٧٣٢ — على أن بعضهم يفضل أن يكون البيع بعقد رسمى لما يترتب على ذلك من مزايا تحرير العقد بعبارة صحيحة وافية بمراد القانون وصيائه فى مكان أمين وضمان تسجيله والحصول على صورته عند اللزوم. وبعض القوانين الاوربية كقانون ايطاليا يقضى بأن يكون البيع بالكتابة. والآن كان باطلاً — مادة ١٣١٤ منه ٧٣٣ — وقد شرعت الحكومة فى تقرير بيع العقارات بعقد رسمى كما أشرنا قبل — انظر التعليق نمرة ٣ ص ١٩

ونرى أن هذه الطريقة ربما كانت أفضل الطرق لأن المشترين كثيراً ما يتهاونون فى تسجيل عقودهم . ويتحملون من وراء ذلك مضار عظيمة لن تزول إلا باشتراط تحرير العقود بالصفة الرسمية ولا تزال طائفة كبيرة من الأهالى تعتقد أن مجرد نقل التكليف فى دفاتر الحكومة ينفى عن التسجيل ويكسبهم ما يترتب عليه من الحقوق^(١) ولعلّ لهم عذراً فان من يستقصى الحالة العقارية فى مصر يرى أن طريقة العلانية أى طريقة تحرير العقود على يد مأمورين وتسليم الحجة بعد « نقل التكليف » كانت القاعدة فى الديار المصرية

فقد كان المتبع فى اثبات انتقال حقوق الانتفاع من يد شخص لآخر أن يقدم المتنازل طلباً للمديرية وهى بعد التحقق بواسطة المركز من صحة الطلب وصحة وضع

(١) يجب أن يلاحظ بأن التكليف لا يترتب عليه أدنى حكم من أحكام البيع سواء كان بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير فالتكليف انما وضع لسهولة تحصيل الأموال الأميرية ولكنه لا يثبت الملكية — استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٢٠ ص ٦ وكل ما له من المزية أنه قد يؤيد الملكية اذا قامت عليها أدلة أخرى فهو من القرائن المفيدة وضع اليد وأن الشراء نفذ من جهة أحكامه القانونية والادارية أى سلم للمشتري ونقل التكليف باسمه وكل ذلك ما لم يثبت العكس

يد الطالب على الأطيان التي يريد التنازل عنها والتأكد من عدم وجود موانع تجري تسجيل جميع هذه الاجراءات في سجل مخصوص يوقع عليه المدير أو وكيله والطرفان وشهودهما ثم تأذن القاضي الشرعى بكتابة الحجة الشرعية وتسليمها للمتنازل له وهذا بعد كتابتها بخطها فتأمر الصراف « بنقل التكليف » (أمر عال — ١٩ جمادى الأولى سنة ١٢٨٣)

ثم ابطال العمل بهذه القاعدة عقب صدور لأئحة المحاكم الشرعية المؤرخة ١٧ يونيه سنة ١٨٨٥ — راجع كتاب الأطيان والضرائب صحيفة ١٥٢

٧٣٤ — تطبيقات المحاكم — الحكم الصادر بصحة بيع من البيوع وحائز للقوة النهائية يقوم مقام العقد الاصلى اذا لم يتيسر تقديم العقد المذكور فى دعوى مرفوعة أمام المحكمة — المخطوط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ مجموعة أولى ققرة ٤٦٥٨

٧٣٥ — الخطاب المشتمل على جميع أركان البيع التام النهائى من اتفاق على البيع وعلى الثمن وتعيين للأعيان المبيعة ولساحتها الدال على أن الثمن دفع والأرض سلمت للمشتري يكون ناقلاً للملكية بين المتعاقدين متى قبله المشتري ولو كان مشروطاً بينهما تسليم الحجة أو التقييط (سند الملكية) الذى كان يعطى قديماً من مصلحة الروزنامة بانتقال الأطيان العشورية من يد لأخرى — استئناف مخطوط ٢٦ دسبر سنة ١٨٩٥ ققرة ٤٦٥٧ مجموعة أولى

٧٣٦ — يعتبر بيع العقار تاماً من وقت امضاء العقد وتراضى المتعاقدين واتفاقهما على المبيع والثمن واذا شرط تسليم الحجة عند دفع الثمن فهذا الشرط لا يجوز أن يكون له قيمة قانونية غير حفظ حق لا لزوم له فى دعوى طلب الفسخ — مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ سنة ٧ ص ٢٨٥ ققرة ٤٦٩١ مجموعة أولى

٧٣٧ — عقد البيع الغير المشتمل على امضاء البائع أو ختمه لا يفيد قانوناً اثبات نقل الملك ولو كان هذا العقد مسجلاً — مخطوط ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سنة ٦ ص ٥ ققرة ٤٦٤٣ مجموعة أولى

٧٣٨ — عمد البيع الصادر قبل اصدار القوانين المختلطة والمثبت لرضاء المتعاقدين

أحدهما بالبيع والثاني بالشراء ولا تفاهما على المبيع والتمن يعتبر جامعاً لشروط البيع
التام الصحيح — مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ س ١ ص ٣٤٠ قرة ٤٦٤٠
مجموعة اولى

٧٣٩ — عدم توقيع المشتري على عقد البيع يجوز أن يقوم مقامه رضاؤه بالبيع
المستفاد من تسجيله العقد الحاصل بناء على طلبه ومن استيلائه على المبيع — مخطوط ١٩
مايو سنة ١٨٩٧ سنة ٩ ص ٣٤٨ قرة ٤٦٤٧ مجموعة اولى

٧٤٠ — دفع جزء عظيم من ثمن العقار وحلول المشتري محل البائع في الدين
ودفعه الاقساط المستحقة على العقار ووضع اليد عليه واستلام قيمة الايجار دليل قاطع
على أن البيع كان تاماً بين المتعاقدين بقبول متبادل بين الطرفين — استئناف اهل
١٥ مارس سنة ٩١١ الاستقلال ص ٢٦٦ س ٧

٧٤١ — البيع الحاصل قبل انشاء المحاكم المختلطة أمام السلطة الدينية التابع لها
المتعاقدان وغير موقع عليه من البائع والمشتري طبقاً للعادات المحلية التي كانت جارية
حينئذٍ يعتبر صحيحاً متى كان قد عقبه تنفيذ العقد من الطرفين وبقيت حيازة المبيع
لمن تلقى الحق من المشتري — مخطوط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ س ١٤ ص ١٠١ وقرة
٤٣٣٢ مجموعة ثانية

٧٤٢ — وليس معنى ذلك أن المأذون الشرعي هو مأمور قضائي مختص بتحرير
العقود فالواقع أن اختصاصه قاصر على تحرير وثائق الزواج والطلاق وإنما كانت
العادة جارية بتكليفه بتحرير تلك العقود لقلّة من يعرفون القراءة والكتابة فكان
المحكمة اعتبرت العقد انعقد بالرضا المتبادل من الطرفين وأن المأذون من الشهود على
هذا الأمر الذي دل على صحة وقوعه نفاذ العقد

ولهذا حكمت المحاكم الأهلية بعدم اعتبار العقد الصادر على يد المأذون عن بيع
أطيان خراجية مشروط لصحة تملكها أن تكون بحجة شرعية (مادة ٩ من اللائحة
السعيدية) لأن المأذون ليس بمأمور قضائي وليس من خصائصه اجراء العقود ولا اعطاء
(٣٠)

حجج بها وقضت بأن مثل هذا العقد يعتبر باطلاً بطلاناً محضاً كأنه لم يكن فلا ينبغي عليه تملك ولا سبب صحيح يؤدى الى اكتساب الملكية بوضع اليد — حكم مصر استئناف ٢٦ نوفمبر سنة ١٨٩٥ القضاء ج ٣

الفرع الثالث — فى مصاريف البيع

٧٤٣ — قضت المادة ٢٤٣ أهلى (٣٠٩ مختلط) بأن رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري

والحكمة من ذلك ان القواعد العامة تقضى بأن تكون المصاريف على من تعود عليه المنفعة من صرفها . ولا نزاع فى أن للمشتري منفعة ظاهرة فى اثبات مشتراه بعقد صحيح وفى تسجيله للتمسك به على الغير . ومن جهة أخرى اذا ألزم بها البائع فانها تؤدى الى انقاص الثمن بمقدارها

على أن الواقع عملاً أن المشتري كثيراً ما يراعى انقاص الثمن بقدر الرسوم التى فرضها القانون عليه هذا اذا لم يحاول اخفاء جانب منه فى العقد توصيلاً لا نقاص الرسم غير أنه يلاحظ أن فى تعبير القانون غموضاً وربما كان الأولى أن يكون تعبيره بالكيفية الآتية : « مصاريف عقد البيع وغيرها من الملحقات على المشتري » ليكون مؤدى النص العربى مطابقاً للنص الفرنساوى اذ المراد بمصاريف العقد كل ما استلزمه انشاؤه كرسوم ضبطه وتحريره ان كان رسمياً وثمن ورق التمنعة وغير ذلك مما تقتضاه الحكومة أما الملحقات فهى المصاريف التى تستلزمها الاجراءات التمنعة للبيع كرسوم تسجيل العقد ان كان المبيع عقاراً أو حقاً عينياً ومصاريف اخطار المدين فى تحويل الديون بحسب القانون المختلط ورسم الصورة التى تعطى للبائع عند الاقتضاء ان كان الثمن نسيئة أى مؤجل الدفع كله أو بعضه

٧٤٤ — أما مصاريف تخلص العين المرهونة من الرهن ومحو حق الاختصاص وغير ذلك من التسجيلات الواقعة على الأعيان المبيعة فعلاً فهى على البائع ما لم يوجد

شرط مخالف وذلك لأنه ضامن لسلامة العين المباعة وخلوها من كل نزاع فيجب أن يتحمل المصاريف اللازمة لازالة ما يدعو الى رفع هذا النزاع — بودرى المطول فقرة ١٩٠ والبانديكت فقرة ٩٦٤ و ٩٦٥ بيع ج ٥٩ وبلائيول فقرة ١٣٥٦ ج ٢

٧٤٥ — ويترتب على ذلك أن المشتري خصم هذه المصاريف من الثمن أو طلب ردها من البائع اذا كان دفعها اليه لأنها جزء من الثمن ومستحقة على البائع لا عليه هو « بانديكت فقرة ٩٦٦ بيع ج ٥٩ »

٧٤٦ — وبالأخص لو كان البائع قرر أن المبيع خال من الرهن فاذا به مشغول برهن عقارى واضطر المشتري لتخليص المبيع من الرهن المذكور فمصاريف هذا التخليص على البائع — بانديكت ٩٨١ بيع ج ٥٩

٧٤٧ — وللمتعاقدين أن يتفقا على جعل المصاريف كلها على حساب البائع خلافاً لمقتضى المادة ٢٤٣ السابق ذكرها فإنها لا تنطبق الا عند وجود شرط مخالف . ولكن متى تبين ذلك وجب انقاص مقدار الرسوم والمصاريف من المبلغ المعين فى العقد عند تقدير الرسم الذى تتقاضاه الحكومة لوجوب احتسابه على الثمن الحقيقى فقط — بودرى المطول فقرة ١٩١ «

٧٤٨ — واذا تسبب البائع بعنله فى صرف بعض المصاريف ألزم بها كما اذا فسخ العقد بسبب عدم قيامه بوفاء تعهداته فإنه فى هذه الحالة يجب إلزامه برد المصاريف بصفة تعويض للمشتري — بودرى المطول فقرة ١٩٢

٧٤٩ — أما مصاريف السمسرة وما اذا كانت تلزم المشتري أو البائع فالأمر مشكوك فيه والغالب انها تكون على المشتري ان لم يوجد نص يخالف ذلك لأنها تعتبر من ملحقات البيع^(١) وان كان فى الواقع يؤدى منفعة مزدوجة للبائع والمشتري ولهذا فالأولى مراعاة العرف — أنظر مادة ٢٥٩ ، رشد الحيران وجرانمولان كتاب العقود فقرة (١٥٤) وتعليقها

٧٥٠ — على المشتري أن يدفع مصاريف الحجة ولو أن البائع تعهد بأن يستعمل

احكام

(١) لا يستحق السمسار أجراً الا اذا وقع البيع والشراء (الاستقلال عدد ٢٦ السنة ٦)

جميع الوسائط لاستخراجها من المحكمة الشرعية — استئناف مخطوط ٢٥ مايو سنة ١٨٧٨
ج ٤ ص ٨٢ بورلي مادة ٣٠٩ مخطوط

٧٥١ — رسوم الأيلولة وإن كانت تستحق في الأصل على البائع ولكنها تلزم
المشتري إذا تبين أنه قبل تحملها من ضمن مصاريف العقد وملحقات البيع ولم يكن
يجعل أن هذه الحقوق لم تدفع وقت البيع ولم يحفظ لنفسه الحق في الرجوع بها —
« مخطوط ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ١١٨ فقرة ٤٣٣٤ مجموعة ثانية »

٧٥٢ — يكون مشتري العقار الذي يعلم بأن الأعيان الآيلة للبائع لا تزال باسم
مورثه ويطلب نقل التكليف لاسمه لازماً بتحمل رسم الأيلولة المثبتة للتوريث وذلك
ما لم يوجد شرط مخالف — مخطوط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ٢٢٥ فقرة
٤٧٣٣ ج مجموعة أولى

٧٥٣ — إن رسوم الأيلولة تعتبر نقلاً للتكليف بالأرث وتكون مستحقة على
الورثة ولا تدخل في المصاريف والرسوم الناتجة عن البيع والتي تلزم في الأصل المشتري
فإذا لم يوجد شرط صريح بخصوصها كان المزم بها هم ورثة البائع ويجب عليهم
إداؤها للمشتري إذا كان دفعها من طرفه — مخطوط ١٨ أبريل سنة ٩٠٠ س ١٣
ص ٢٥٠ فقرة ٤٣٣٥ مجموعة ثانية

٧٥٤ — إذا دفع البائع مصاريف البيع وملحقاته عن المشتري وجب اعتبارها
من ملحقات الثمن وحينئذ تأخذ نفس درجة الامتياز التي للثمن عند التوزيع —
« باندكت فقرة ٩٨٨ بيع ج ٥٩ »

ملحوظة — سيجيء لهذا الفرع تكملة في معرض الكلام على تسليم المبيع *

الفرع الرابع — في أحوال البيع (صيفه)

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٤ مرشد الحيران — يصح أن يكون البيع باتاً منجزاً وان يكون بشرط الخيار ويجوز أن يكون خيار الشرط للبائع او للمشتري او لهما معاً

مادة ٢٥٧ مرشد الحيران — لا يصح تطبيق البيع بشرط او حادثة مستقبله ولا يصح اضافته الى وقت مستقبل

مادة ٢٥٨ مرشد الحيران — يصح بيع المؤجل بالمعجل في السلم بشروطه

مادة ٣٢٧ مرشد الحيران — يصح البيع بثمن حال ومؤجل الى أجل معلوم طويلاً كان أو قصيراً

قانونه فرنساوى

مادة ١٥٨٤ فرنساوى — يجوز أن يكون البيع باتاً منجزاً أو مقيداً بشرط موقف او فاسخ

وميجوز كذلك ان يكون المبيع شيئاً او أكثر بطريق التخيير ، وفي جميع هذه الاحوال تسرى على حكم البيع القواعد العامة الخاصة بالاتفاقات

قوانين مصرية

مادة ٢٣٨ أهلى — يجوز أن يكون البيع باتاً أو مؤجل تسليم المبيع او الثمن اوهما معاً (١) أو مقيداً بشرط

والشرط اما أن يكون موقفاً لايجاد البيع أو فاسخاً له — تطابق مادة ٣٠٤ مختلط

مادة ٢٦٩ أهلى — اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين (أى بيع بشرط فاسخ) تنتقل ملكية المبيع للمشتري من حين العقد

واذا كان البيع معلقاً على أمر ووقع فيما بعد (أى بيع بشرط موقف) يعتبر المبيع ملكاً للمشتري من تاريخ العقد

٧٥٥ — أشار القانون في هذه المواد الى الصيغ التي يجوز التبايع بها وهي في الواقع عبارة عن الصيغ الجائزة في جميع التعهدات ولذلك يتبع في شأنها جميع القواعد الخاصة بالتعهدات فما البيع الا نوع منها . وكل ما جاز في التعهدات من صيغ مختلفة سواء علق على شرط أو أضيفت الى أجل جاز في البيع

(١) يلاحظ ان في النص العربي للمادة ٢٣٨ أهلى تصرف في التعبير وهو قول الشارع (او مؤجل تسليم المبيع او الثمن اوهما معاً) ويقابله في النص فرنساوى قوله « أو لأجل » أى ترك التفصيل للقواعد العامة

فيصح تقييد البيع بأي شرط يشترطه المتعاقدان إلا إذا كان مستحيل الوقوع أو مخالفاً للقانون أو منافياً للآداب

كما يصح اضافته لأي أجل يحدده طال أو قصر فلهما الحرية التامة في الاتفاق

على تحديد الأجل كما يشاءان — بودرى وسينات ققرة ١٤١ ومادة ١١٧٢

والشرط إما أن يكون موقفاً أو فاسخاً (١)

٧٥٦ — فإذا كان الشرط فاسخاً ترتب على التعاقد جميع أحكام البيع في الحال

في الشرط
الفاسخ

فنتقل ملكية المبيع الى المشتري من حين العقد . ويكون هلاكه عليه إذا كان قد

دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو ما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد والتمن يستحق

دفعه إذا لم يكن حُدِده زمن — مواد ٢٦٩ أهلى و ٣٣٩ مختلط و ٢٩٧ أهلى

وإذا تم الشرط زال الملك زوالاً يستند الى وقت العقد أى يسرى على الماضى

فيعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع مطلقاً ونسقط جميع الحقوق التى آلت منه الى الغير

على ان القانون المختلط قد استثنى الدائنين المرتهنين رهناً عقارياً إذا كانوا

يجهلون ان الراهن لهم لا يملك الا بشرط فاسخ قضى بأن الفسخ لا يضر بحقوقهم

« مادة ٣٤٠ مختلط »

أما البائع فيعتبر مالكا بالنسبة للماضى والحال وأن ملكيته لم تنزل مطلقاً وإذا كان

تصرف بأن أعطى حقوقاً عينية على المبيع للغير فى المدة التى مضت بين البيع ووقوع

الشرط الفاسخ فتصرفاته صحيحة . وكذلك يعتبر الثمن أنه غير مستحق وان كان

دفع وجب رده والحوالة الصادرة به من البائع تعتبر باطلة

٧٥٧ — وقد حكم بأن الشرط الفاسخ الملحق بعقد بيع لا يوقف البيع فالعقد

يعتبر فى الأصل منجزاً ويجب أن ينفذ مفعوله ولكنه يفسخ اذا تم الشرط

« مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٨٨ من ٣٠٦ ققرة ٤٦٨٦ مجموعة أولى »

(١) لما كان المقصود بالشرط هى الحادثة المستقبلية الغير المحققة فلا يعد شرطاً لحفظ المشتري

لنفسه الحق فى تحقيق مساحة العقار ومستندات الملك وخلق العقار من الرهن فهذه المسائل هى

من المسائل المحققة فى ذاتها وقت البيع ولو كان مشكوكاً فيها عند المشتري. (مختلط اول مايو

سنة ١٩٠٧ سنة ١٩ من ٢٣٢ ققرة ٤٣٥٨ مجموعة ثانية)

٧٥٨ — وبأن الشرط الوارد في عقد البيع المتضمن تعليق تسليم الحجة على دفع الثمن يعد شرطاً فاسخاً لا شرطاً موقفاً للبيع فإذا لم يطلب البائع الفسخ فهو تام وصحيح قبل المتعاقدين وغيرهما — مخطوط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سنة ٧ ص ٦٦ فقرة ٤٦٨٩ مجموعة أولى

٧٥٩ — إذا ذكر في عقد بيع بأنه ليس للمشتري أن يتنازل أو يهب أو يرهن المبيع لحين أداء جميع الثمن بغير إذن البائع والّا استحق الباقي من الثمن كان هذا الشرط شرطاً فاسخاً لا شرطاً موقفاً للبيع. وعلى ذلك يكون المشتري مالكا للمبيع من وقت التعاقد

ويجوز له بناءً على كونه مالكا أن يرهن المبيع ويكون المرتهن معرضاً لتحمل النتائج المترتبة على الفسخ لعدم أداء باقي الثمن. ومن كان ضامناً في هذه الحالة أداء الثمن فلاحق له الا في مقاضاة المشتري بالنسبة للضرر الذي يلحقه ولا يجوز له مقاضاة الدائن المرتهن لبطلان الرهن حيث لا ارتباط بينهما قانوناً — ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ س ١٤ ص ٣١ فقرة ٤٣٥٥ مجموعة ثانية

٧٦٠ — إذا باع المشتري بشرط فسخ جزءاً مشاعاً من المبيع فيعه يكون معلقاً على نفس الشرط

ولأجل أن يصح للمشتري الأول أن يتمسك قبل المشتري منه بعدم الوفاء بتعهداته ينبغي أن يثبت أنه كلفه بالقيام بها تكليفاً رسمياً ولكن المشتري منه لم يذعن. فإذا لم يكن فعل ذلك فلا يجوز له اعتبار البيع منسوخاً ولا أن يطلب من المحكمة الحكم به « مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ س ٢٠ ص ١٤٥ فقرة ٤٣٥٩ مجموعة ثانية »

٧٦١ — الشرط الذي بمقتضاه تعهد البائع بتحرير عقد رسمي بالبيع متى طلب المشتري منه ذلك سواء كان تحريره باسم المشتري أو باسم شخص آخر يعينه لا ارتباط له بمسألة اتمام البيع وكذلك الشرط الذي تعهد البائع بمقتضاه بإثبات امتلاكه للمبيع ملكاً حراً

فعدم تنفيذ هذه التعهدات أو تنفيذها تنفيذاً ناقصاً أو متأخراً لا يبيح طلب

فسخ العقد اذا لم يكن مشروطاً صراحة فسخه عند عدم القيام بها — مخطوط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ س ٧ ص ٢٦٨ فقرة ٤٦٩٠ مجموعة اولى

٧٦٢ — أما اذا كان الشرط موقفاً فإنه يوقف انعقاد البيع وعلى ذلك لا تنتقل الملكية ما دام الشرط لم يتم بل تبقى للبائع ويكون هلاك الشيء عليه والتمن غير مستحق الاداء

في الشرط
الموقف

٧٦٣ — يعتبر بيعاً بشرط موقف العقد الذى بمقتضاه بيع عقار وشرط فيه ان الملكية لا تنتقل للمشتري الا اذا لم يسدد له البائع فى ميعاد معين ديناً مقرراً به ولا يعد بيع وفاء فان هذا الشرط صحيح وجائز قانوناً ما لم يتبين انه أريد به مخالفة القانون لاختفاء عمل مغاير ممنوع قانوناً — مخطوط اول ديسمبر سنة ١٨٩٧ س ١٠ ص ٢٦ فقرة ٤٦٩٣ مجموعة اولى

٧٦٤ — اذا شرط فى عقد بيع أن تسجيله معلق على اداء الثمن فهذا الشرط لا يعد شرطاً موقفاً للبيع . وهذا الشرط وان كان يترتب عليه خطر نزاع الملك من المشتري فيما بعد ولكنه لا يمنع اعتبار العقد تاماً بحسب القواعد العامة ما دام حصل اتفاق على المبيع والتمن ولا يوجد شرط مخالف لذلك — مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ س ١٥ ص ١١٩ فقرة ٤٣٥٧ مجموعة ثانية

٧٦٥ — فاذا تمَّ الشرط سرى مفعوله من تاريخ الاتفاق واعتبر نقل الملكية حاصلًا من ذلك التاريخ — مادة ٢٦٩ فقرة ٢ أهلى و ٣٣٩ مخطوط

وعلى ذلك يعتبر البائع كأنه لم يملك وان ملكيته زالت من تاريخ العقد وانتقلت الى المشتري وبطلت التصرفات الصادرة منه

على أن القانون المختلط قد استثنى من ذلك الدائنين المرتهنين فقضى بأنه لا يترتب على ذلك الاضرار بحقوقهم اذا كانوا يجهلون وقت التعاقد ان الراهن يملك بشرط قد يتحقق أولاً يتحقق — مادة ٣٤٠ مخطوط

واذا كان المشتري تصرف قبل وقوع الشرط فتصرفه صحيح والتمن يستحق اذن من تاريخ التعاقد

٧٦٦ — ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — أن للمشتري اتخاذ الاجراءات التحفظية لصيانة حقه ويجوز له أن

يتصرف فيه تصرفاً معلقاً على نفس الشرط

وإذا كان المبيع عقاراً جاز تسجيل عقد البيع بغير انتظار لوقوع الشرط فان ذلك

يكون في مصلحة المشتري اذا أراد التمسك بحقوقه قبل الغير الذي يكون اكتسب

حقوقاً عينية من البائع على المبيع قبل وقوع الشرط

٢ — بما ان الثمن يعتبر مستحقاً من تاريخ العقد فيجوز للبائع أن يحيله للغير قبل

وقوع الشرط

٣ — هلاك الشيء المبيع يكون على البائع دائماً لحين وقوع الشرط واجراء التسليم

وذلك لأنه لا يتأتى أن يكون الهلاك على المشتري وهو لن يستلم المبيع الا من تاريخ

وقوع الشرط والمادة ٢٩٧ اهل تقضى بفسخ البيع اذا هلك المبيع قبل التسليم

فالواجب مراعاة نصها لأنه حكم عام فالهلاك تابع للتسليم ووقوع الشرط لا يقوم

مقابله — أنظر دوهلس فقرة ١٢٦ ج ٤ بيع

٧٦٧ — يرى مما تقدم ان مفعول الشرط في عقد البيع من شأنه جعل الملكية

غير محققة فطالما ان الشرط معلق ولا يعرف أيقع أم لا يقع فلا يتيسر معرفة أى

المتعاقدين مالك البائع أم المشتري فان أحدهما يكون مالكا بشرط موقف والآخر

مالكا بشرط فاسخ ويترتب على وقوع الشرط أو عدم وقوعه تأيد حق أحدهما

وازالة حق الآخر — بودرى وسينات فقرة ١٤٢ ص ١٤٤ بيع

٧٦٨ — أما اذا كان البيع لأجل فتنقل الملكية للمشتري ولو كان تسليم المبيع في البيع لأجل

مؤجلاً في عقد البيع لأجل معلوم — مادة ٢٦٧ اهل و ٣٣٧ مختلط

وللبائع تسليم المبيع قبل حلول الأجل الا اذا كان العقد يمنع ذلك . وذلك لأن

الأجل في مصلحته فله أن يتنازل عنه — مادة ١٠١ اهل و ١٥٥ مختلط

ولا يجوز إلزامه بتسليمه قبل الأجل المعين الا اذا أفلس أو فعل ما يوجب

ضعف التأمينات التي يكون أعطاها — مادة ٢٦٧ و ١٠٢ أهلى — ٣٣٧ و ١٥٦ مختلط
وكذلك الحال بالنسبة للمشتري الذى يكون تعين أجل لدفع الثمن له فاذا صار
فى حالة اعسار يترتب عليه ضياع الثمن جاز للبائع حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل
المتفق عليه لدفع الثمن فيه إلا اذا أعطاه المشتري كفيلاً
تنبيه — لهذا البحث زيادة تفصيل فى الفصل الخامس بأحكام البيع

الفرع الخامس

فى البيع بالوزن أو العدد أو الكيل والبيع جزافاً

شريعة اسلامية

مادة ٣٠٩ مرشد الخيران — كما يصح بيع
المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات
كيلاً ووزناً وعدداً وذرعاً بشروطه يصح بيعها
جزافاً بشرط أن يكون المبيع مميزاً أو مشاراً اليه
مادة ٣١٠ منه — اذا بيعت المكيلات
والموزونات التى ليس فى تبعضها ضرر والعدييات
جزافاً جاز للمشتري التصرف فيها قبل كيلها
ووزنها وعددها . وان بيعت بشرط الكيل
والوزن والعدد فليس للمشتري التصرف فيها حتى
يقبضها ولا يعد قابضاً لها حتى تكال وتوزن وتعد
مادة ٣١١ منه — اذا بيعت المذروعات
والموزونات التى فى تبعضها ضرر جزافاً أو
بشرط الذرع والعدد وقد سمي الثمن جملة جاز
للمشتري التصرف فيها قبل ذرعها ووزنها وان
كان سمي لكل ذراع أو رطل ثمناً لا يجوز
له التصرف فيها قبل الذرع والوزن
مادة ٣١٢ منه — يصح بيع المكيلات
والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة
ويصح بيع مقدار معين منها صفقة واحدة مع
بيان ثمن كل فرد منها على حدة أو بيان
ثمنها جملة

قوانين مصرية

مادة ٢٣٩ أهلى — يجوز أن يكون
البيع جزافاً أو بالكيل أو بالقياس أو على
شرط التجربة .

٣٠٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٤٠ أهلى — اذا كان البيع
جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا
عدد ولا كيل ولا مقياس

٣٠٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٤١ أهلى — أما اذا كان البيع
ليس جزافاً بل كان بالوزن أو العدد أو
بالكيل أو بالمقياس فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى
أنه يبقى المبيع فى ضمان البائع الى أن
يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس .

قانون فرنساوى

٣٠٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ١٥٨٥ منه — اذا لم يكن بيع البضاعة
جزافاً بل كان بشرط الوزن والعدّة والكيل
فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان
البائع الى أن يوزن أو يعدّ أو يكال . وفي حالة
عدم الوفاء بالتعهد يجوز للمشتري أن يطلب اما
استلام المبيع أو التعويضات اذا دعت الحال
مادة ١٥٨١ منه — أما اذا بيعت البضاعة .
جزافاً فيعتبر البيع تاماً ولو لم يحصل وزن ولا
عدّة ولا كيل .

٧٦٩ — من أنواع البيوع التى تقع كثيراً البيع جزافاً ^(١) والبيع بالكيل أو الوزن
أو العدد أو القياس

وقد أجاز ذلك القانون فى مادة ٢٣٩ أهلى (٣٠٥ مختلط) . وهذه البيوع تكون
فى الأشياء التى تقدر بالكمية

٧٧٠ — وحكمها فى الشريعة الإسلامية أنها صحيحة (٣٠٩ مرشد) . ولكن شريعة اسلامية
الشرعيين فرقوا بين هذين النوعين من جهة التصرف فى المبيع — انظر نص مادة
٣١٠ مرشد الحيران

وعلمهم فى ذلك أن الوزن والكيل والعدد من تمام القبض . فاذا باع المشتري
المبيع قبل كيله أو وزنه عد البيع كأنه يبيع قبل القبض . ويبيع المنقول قبل قبضه أو تمام
قبضه لا يصح كما أنه يحتمل أن يزيد المبيع على الشروط والزيادة فى المقدرات
« للبائع » لا للمشتري والتصرف فيها تصرف فى مال الغير وهو حرام شرعاً

أما فى حالة البيع جزافاً فالزيادة « للمشتري » فاذا وجد المبيع أكثر من كيل البائع
كأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة أرادب فظهرت خمسة عشر أردباً كانت الخمسة
الزائدة للمشتري وحينئذٍ يجوز له التصرف قبل الكيل والوزن والعدد ولأن الملك
فى المجازفة لا يتوقف على الكيل — زيلعى ص ٨١ ج ٤ وابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣

(١) المجازفة لغة الحدس (أى الظن والتخمين) فى البيع والشراء وحاصله عند الشرعيين أنه
البيع والشراء بلا كيل ولا وزن (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨)

٧٧١ — جعل القانون الفرق بين هذه البيوع من جهة الهلاك لأنه نقل احكامها قانون فرنساوى
كما يقول الشراح الفرنساويون عن العالم (بوتيه) ^(١) وفي عهده لم يكن البيع ناقلاً
للملك كما هي الحال الآن فلم يكن من محل للبحث فيما اذا كانت الملكية تنتقل في
البيع الجزاف والبيع بشرط الوزن والكيل أو لا تنتقل أما والبيع الآن ناقل للملك
بمجرد التعاقد فقد بحث الشراح في ذلك وقرروا بأن الملك ينتقل في البيع الجزاف
بمجرد التعاقد ولا ينتقل في البيع بالكيل والوزن والعدد إلا اذا حصل ذلك

٧٧٢ — نقل القانون المصرى حكم هذه المواد عن القانون الفرنساوى نقلاً حرفياً القانون المصرى
وفاته أن يراعى التوفيق بينها وبين ما أدخله من مبادئ الشريعة الإسلامية على
أحكام البيع وخصوصاً في أحوال الهلاك فناقض نفسه بنفسه حيث جرى هنا على
مبدأ القانون الفرنساوى من أن الهلاك على المالك وهو المشتري من وقت التعاقد
في البيع الجزاف مع ان المادة ٢٩٧ أهلى (٣٧١ مختلط) لا تجعله على المشتري
الآن من وقت التسليم حقيقة أو حكماً كأن دعى المشتري لاستلامه بورقة رسمية أو
ما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد سواء كان المبيع معيناً أو غير معين لأن التعيين
لا يقوم مقام التسليم — دوهلس نمرة ١٢٣ بيع ج ٤

وسواء كان البيع تاماً أو غير تام لأن تمام العقد في البيع العادى لا يجعل الهلاك
على المشتري الآن من وقت التسليم
فكان من الأوفق أن يقرر الفرق بين هذين النوعين من جهة الملك ولكنه
لم يفعل

ولما كان التمييز بين البيعين مهماً لاختلاف الأحكام المترتبة على كل منهما وجب
الشروع أولاً في تعريفهما

٧٧٣ — البيع جزافاً هو البيع الذى لا يحتاج الحال معه الى وزن أو عد أو
كيل لتعيين المبيع أو الثمن . مثال ذلك بيع جميع القمح الموجود بمخزن البائع أو
في تعريف البيع الجزاف

كل الغنم الموجودة بحظيرته ببلغ مائتي جنيه فهذا البيع تام بمجرد التعاقد لأنه تم الاتفاق بين المتعاقدين على المبيع وهو شيء معين معلوم وعلى الثمن المسمى جملة وعلى ذلك تنتقل الملكية في الحال ويكون الهلاك بحسب نص المادتين ٢٤٠ و ٢٤١ على المشتري — قارن بودرى وسينات ققرة ١٤٦

٧٧٤ — وحكم تطبيقاً لذلك بأن يبع جميع محصول الفلين الناتج من غابة مملوكة للبائع بثمن مقدرياً يبعاً جزافاً ويكون تاماً ولو لم يحصل عدّ ولا وزن ولا مقاس حيث لا حاجة لأجراء ذلك لأن المبيع معين اذ هو وارد على بيع جميع الفلين الناتج من غابة موجودة بأرض معينة في العقد والثن كذلك مقدر في العقد — تعليقات دالوز فقرتا ٦ و ٧ مادة ١٥٨٥ فرنساوى

٧٧٥ — يعد كذلك بيع جزاف البيع الذى يحصل جملة واحدة بثمن منسحق كذلك ويذكر فيه القدر الذى يظن أنه يحتوى عليه وبالأخص يُعدّ يبعاً جزافاً بيع برميل ذو وزن معلوم بثمن معلوم كبرميل وزنه ١٠٠٠ كيلو ببلغ ١٠٠٠ قرش وعلى ذلك يعتبر البيع تاماً بغير وزن — دالوز ققرة ٩ مادة ١٥٨٥ ف

٧٧٦ — وكذلك بيع صبرة قح في مخزن معين ومعين كيتها ومقدارها فان بيان الكمية في هذه الحالة هو من قبيل التأكيد (لا التأسيس) وكل ما يترتب على هذا البيان ان البائع يجبر ان وجد عجز في المبيع على أن يكمل ما نقص أو يخصم منه ثمنه لأن المشتري اشترى بمراعاة القدر المبين . ويعد بيع جزاف لأن المبيع والثن مقدران ومعلومان فالبيع يتم بمجرد التعاقد — بودرى وسينات ققرة ١٥٣

٧٧٧ — أما اذا وجد في المبيع زيادة فلا يكون للبائع حق في زيادة الثمن بنسبتها « تعليقات دالوز ققرة ١٢ مادة ١٥٨٥ »

ويعلمون ذلك بأن البائع كان من الواجب عليه ان يعرف مقدار ما باع فاذا جهل قدره فهو مهمل ولا عذره — باندكت ققرة ١٠٣٧ ج ٥٩ بيع قارن في ذلك رأى الشرعيين لأنهم يقولون بأن الزيادة للمشتري

٧٧٨ — يعد كذلك بيع جزاف بيع نصيب معين من البضاعة الموجودة في أحد المخازن كنصفها أو ربعها أو ثلثها بثن مقدراً بالجملة . مثال ذلك بيع نصف القمح الموجود في مخزن البائع بخمسمائة جنيه . فالبيع بمجرد عقده يعتبر تاماً والملكية تنتقل للمشتري الذي يعد شريكاً لصاحب القمح وإذا تلف القمح فيتلف عليه بنسبة حصته — بودري وسينات فقرة ١٥٣ ودالوز فقرتا ١٥ و ١٦ مادة ١٥٨٥ ف

٧٧٩ — نصت المادة ١٤٥١ من القانون الإيطالي على أن البيع يعتبر جزافاً إذا كانت الأشياء المبيعة يبعث بثن واحد معلوم بغير مراعاة للوزن أو العدد أو الكيل أو بمراعاة ذلك ولكن بقصد تقدير كمية الثمن فقط

٧٨٠ — يعتبر البيع بالوزن أو الكيل أو العدد أو القياس إذا كان من اللازم وزنه أو عدده أو مقاسه لتعيين المبيع أو لتقدير الثمن فمن المعلوم أن الوزن أو العدد أو الكيل أو القياس قد يشترط : في تعريف البيع بالوزن أو الكيل أو العدد أو القياس

١ — إما لمعرفة المبيع

٢ — وإما لتقدير الثمن

ولتشكم على كل حالة منهما على أفرادها

٧٨١ — الحالة الأولى — إذا اشترط الوزن أو الكيل أو العدد لتعيين «المبيع» فقد أجمع الشراح على أنه يبيع بهذا الشرط . مثال ذلك بيع عشرة قناطير من القمح الموجود بمخزن البائع بسعر القنطار عشرة قروش فالثن معلوم وهو ١٠٠ قرش ولكن يلزم وزن القمح لتعيين المقدار المبيع لأنه بعض من كل وكذلك بيع عشرين أردباً من القمح بسعر الأردب جنيناً فمن الواجب كياله وقبل الكيل لا يعد البيع تاماً

٧٨٢ — وكذلك يعد البيع بالوزن أو الكيل أو العدد إذا كان المبيع معين بجنسه فقط كقدر معين من بالات القطن أو براميل زيت من صنف معين أو وارد جهة معينة . « تعليقات دالوز فقرة ١٨ مادة ١٥٨٥ ف »

٧٨٣ — أو كان البيع وارداً على قدر معلوم من الكيل أو الوزن أو العدد

ليؤخذ من كمية أكبر موجودة في مكان معين كشراء مائة أردب من القمح الموجود في مخزن معين أو مائة برميل زيت من حمولة مركب معينة — تعليقات دالوز
فقرة ١٩ مادة ١٥٨٥ ف

٧٨٤ — وحكم بأنه إذا بيعت أشجار غابة بالعدد فلا يعتبر البيع تلماً إذا حصل العدد بوجه التقريب ولم يتفق المتعاقدان على عدد الأشجار المباعة — محكمة نانسى
٣ اغسطس سنة ١٨٧٢ تعليقات دالوز فقرة ٢٠ مادة ١٥٨٥ ف

٧٨٥ — وبأن البيع يعد بيعاً بالكيل ولو ذكر الثمن في العقد جملة واحدة كما إذا بيع عشرة أردب قمح بمبلغ عشرة جنيهات فإن الثمن هنا يعتبر أنه مجموع ثمن المقدار المباع — تعليقات دالوز فقرة ٢١ على نفس المادة

٧٨٦ — البيع المبين به مقدار الفدادين المباعة والثمن باعتبار الفدان الواحد هو بيع بالمقاس وليس بيعاً بالجزاف . والرقم الوارد به جملة الثمن ليس إلا نتيجة عملية ضرب ثمن الفدان الواحد في مقدار الأطنان المشتراة وكلمة تقريباً التي تذكر في مثل هذه الحالة لبيان مقدار الفدادين المباعة تميز أن يكون العجز بعض قراريط أو فداناً على الأكثر لكن لا تميز أن يكون العجز عدة فدادين — ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣
س ١٦ ص ٣٠ فقرة ٤٤٣٢ مجموعة ثانية

٧٨٧ — وبيع العقار يعد بيع جزاف إذا كان وارداً على شيء مقدر ويلزم الرجوع الى وقت العقد لمعرفة ما إذا كان للبيع هذه الصفة أو ليست له وعلى ذلك إذا لم يكن المبيع معيناً بل كان عبارة عن مقدار من الفدادين تؤخذ من مساحة أكبر من أطنان البائع فالبيع ليس بيعاً بالجزاف ولو حصل بعد ذلك مقاس لبيان المقدار المباع — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ س ١٧ ص ١١٩ فقرة ٤٤٣٣
مجموعة ثانية

٧٨٨ — الحالة الثانية — أما إذا اشترط الوزن أو الكيل أو العدد أو القياس في اشتراط الكيل أو الوزن لتقدير الثمن وليس لتعيين المبيع فقد تضاربت الآراء . مثال ذلك بيع جميع القمح لتقدير الثمن أو القطن الموجود في مخزن بدون بيان لقدره بثمن مقدر باعتبار آحاده أى بسعر

الأردب الواحد جنيهاً أو بسعر القنطار الواحد أربعة جنيهاً
فالمبيع هنا معين بدون حاجة للوزن وهو جميع القمح أو القطن الموجود في المخزن
ولكن ما هو مقدار ثمنه . يجب لمعرفة ذلك اجراء الوزن .

الرأى الأول

٧٨٩ — يرى بعضهم أن البيع بهذه المثابة بيع مجازقة تنطبق عليه أحكام المادة
٢٤٠ بمعنى أنه يكون تاماً والملكية تنتقل في الحال للمشتري كحالة تعيين الثمن جملة واحدة
« ومن أصعب هذا الرأى أوبرى ورو وجويلوار وتؤيدهم بعض أحكام المحاكم في فرنسا »
٧٩٠ — وعلى هذا الاعتبار حكم بأن بيع جميع البضاعة الموجودة بمكان معين
محدود بمعنى أنها تكون مميزة هو بيع جزاف تنتقل فيه الملكية للمشتري ولو أنه من
الواجب إجراء الوزن أو العد أو الكيل فيما بعد لتقدير الثمن الذى يُبين بنسبة وحدته
« تعليقات دالوز فقرة ٢٤ مادة ١٥٨٥ »

٧٩١ — وكذلك بيع البضاعة الموجودة بمخزن البائع ولو اشترط بقاؤها مودعة
به وعدم وزنها أو كيلها أو عددها إلا عند اخراجها منه — تعليقات دالوز فقرة ٢٥
و ٢٦ منه

٧٩٢ — وإن البيع تام من وقت التعاقد ووضع المشتري علامته على الصناديق
المحفوظة بها البضائع — فقرة ٢٧ تعليقات دالوز

٧٩٣ — ففي الأحوال السابقة يكون هلاك المبيع على المشتري من وقت البيع
الى وقت التسليم جرياً على نظرية « القانون الفرنساوى » . فاذا عدم أو أصابه تلف
فكل ذلك على حساب المشتري

الرأى الثانى

٧٩٤ — ويرى آخرون أن تقدير الثمن لازم لاتمام العقد كزوم تعيين المبيع .
فبيع بضاعة معينة بمكان معين بسعر مقدر بنسبة الوحدة ولكن قدر البضاعة وزناً أو
عدداً أو كيلاً غير معلوم هو بيع بالكيل أو الوزن أو العدد لان الثمن لا يمكن تقديره
إلا بوزن البضاعة أو كيلها أو عدتها . ويرتكبون على نص المادة لأنه عام فالقانون
لم يبين ما اذا كان غرضه من الوزن أو العد تعيين المبيع أو تقدير الثمن

وهناك فرق بين بيع جميع القمح الموجود بمخزن معين وبثمن مسمى جملة واحدة

(ماتى جنيه) وبين يعه بسعر الأردب الواحد (جنبها مثلاً) فانه لا نزاع أن البيع في الحالة الأولى بيع جزاف ولكن في الحالة الثانية يلزم اجراء كيل القمح لتقدير ثمنه . فما لم يحصل الكيل فالبيع ينقصه أحد عناصره وعلى ذلك لا يعد تالماً . ولهذا قرر القاتون أنه اذا هلك المبيع فيهلك على البائع وهذا يتمشى مع قصد المتبايعين . أما العكس فيؤدى لجعل الهلاك على المشتري من وقت التعاقد وقبل أن يعلم ما يجب عليه اداؤه من الثمن للبائع فاذا هلك المبيع فليس في الامكان تقديره (ومن أصحابه بودرى وسينات وبوتيه وماركاديه ولوران وليون كان وغيرهم ويؤيدهم أحكام بعض المحاكم)

٧٩٥ — فدخل في ذلك بيع حطب القطن المقدر بالحمل وباعتبار سعر الحمل

الواحد — تعليقات دالوز فقرة ٣٣ نفس المادة

٧٩٦ — وبيع الزارع البنجر الناتج من زراعته الى صاحب معمل سكر بسعر متفق عليه باعتبار الألف كيلو وأنه يقدر بعد الوزن الذى يحصل بحسب درجة كثافته ويخصم منه التالف — شرحه فقرة ٣٤

٧٩٧ — واتفاق المالك على توريد محصول زراعة أرضه مدة معينة بثمن يقدر

بحسب سعر السوق وبحسب الوزن الذى يحصل وقت التسليم — شرحه فقرة ٣٥

٧٩٨ — يرى آخرون أنه يجب النظر في هذه الحالة لقصد المتعاقدين لمعرفة ما

اذا كان البيع يعد جزافاً أو بيعاً بالكيل أو الوزن أو العدد لأن مرجع المسألة ليس للقانون بل لقصد البائع والمشتري . فاذا تبين من قصدهما أن الوزن أو العدد أو الكيل لا تأثير له على مقدار الثمن وكان البائع غير ملزم بتكيل ما ينقص من الوزن أو الكيل كان البيع جزافاً ولو نص في العقد على الوزن والكيل وهذا هو رأى العالم دوفرليه وهو رأى لم يؤخذ به لاطلاقه بلا حد — تعليقات دالوز فقرة ٣٧ وما بعدها

٧٩٩ — والقانون وان فرق بين البيعين من جهة الضمان ولكن البيع في الحالتين فيما يترتب على تام في أحكامه بمعنى أنه منتج لجميع الالتزامات المترتبة على كل بيع وكل عاقد ملزم بالكيل او الوزن بالكيل او الوزن بتنفيذ تعهده فالمشتري أن يطلب استلام المبيع وله الحق في التعويض اذا لم يتم البائع (٣٢)

بتنفيذ تعهده عملاً بقواعد التعهدات العامة . وللبائع أن يطلب من المشتري الاستلام ويطالبه بالثمن بكافة الطرق ويجبره على اجراء الوزن أو العدد أو الكيل . أما الفرق الذى أورده القانون فهو داه أن المبيع يهلك على البائع فى حالة البيع بالوزن أو الكيل طالما أن الوزن أو الكيل لم يحصل . أما فى حالة البيع جزافاً فلهلاك على المشتري

بمجرد التعاقد — بودرى وسينات فقرة ١٤٥ والبانديكت فقرة ١٠٣٤ ج ٥٩ بيع

٨٠٠ — ولكن هل ينتقل الملك فى البيعين بمجرد التعاقد أو لا ينتقل . تلك فى نقل الملك

مسألة مهمة من حيث النتائج المترتبة عليها وان كان القانون أغفل الإشارة إليها

٨٠١ — اما اذا كان البيع جزافاً فقد صرح القانون بأنه بيع تام ولو لم يحصل

وزن أو عدد أو كيل أو مقياس . وعلى ذلك ينتج مفعوله فى الحال وتترتب عليه جميع

الأحكام فينتقل الملك للمشتري بمجرد التعاقد ولو لم يحصل الوزن أو العدد الخ

٨٠٢ — وعلى ذلك لا يجوز لدائن البائع أن يحجز على المبيع بعد بيعه وقبل

وزنه لأن الملكية انتقلت للمشتري واذا حصل فيكون لاغياً لوقوع الحجز على ملك

الغير — تعليقات دالوز فقرة ٧ مادة ١٥٨٦

٨٠٣ — أما اذا كان البيع بالوزن أو الكيل أو العدد فقد اختلفت الآراء

٨٠٤ — قال فريق ان الملك ينتقل للمشتري بمجرد التعاقد ولو أن الهلاك على

البائع إذ لا علاقة لمسألة الملك بمسألة الهلاك الذى جعله القانون على البائع بنص صريح

فى القانون . يشير أصحاب هذا رأى الى قاعدة القانون الفرنساوى بأن الهلاك على

المالك فهى تفيد ضمناً أن الملك لم ينتقل للمشتري لأنه لو كان انتقل لجعل الهلاك

عليه . ومن أصحاب هذا رأى دو فرجيه وكوليه دى ساتير ولوران وليون كان —

» راجع فقرة ٥٧ تعليقات دالوز مادة ١٥٨٥ «

٨٠٥ — ويترتب على هذا رأى أنه لو أفلس البائع قبل اجراء الوزن أو

الكيل أو العدد فالمشتري أن يطلب استرداد المبيع واجراء الوزن والكيل والعدد

لامكان استلامه حيث أصبح مالكا وبهذه الصفة لا يعد مجرد دائن بسيط

٨٠٦ — وقال فريق آخر — وهم غالب المؤلفين يؤيدهم قضاء المحاكم — ان الملك لا ينتقل من البائع للمشتري الا بعد الوزن والكيل والعدد لأنه ما دام الوزن لم يحصل فالثمن لا يعلم ويكون البيع فاقداً أحد أركانه (ومن أصحاب هذا الرأي بودرى وجويلوار وماركاديه وغيرهم)

٨٠٧ — وقد حكم بناء على هذا الرأي بأن الملك لا ينتقل الا بعد الوزن أو الكيل بحضور المشتري أو تسليم البضاعة لأمين النقل الذي يعتبر نائباً عن المشتري — « تعليقات دالوز فقرة ٦٢ مادة ١٥٨٥ »

٨٠٨ — وكل ما ينشأ عن العقد هو أنه يجوز للمشتري اجبار البائع على التسليم وكلما استلم جانباً من البضاعة انتقل ملكه اليه

وانه اذا أفلس البائع قبل تسليم البضاعة فتعتبر جزءاً من أمواله — فقرة ٦٩ دالوز مادة ١٥٨٥

٨٠٩ — على أن أصحاب هذا الرأي يقولون بأن هذه القاعدة ليست من قواعد النظام العام والمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها فاذا اشترطوا أن الملك ينتقل بمجرد التعاقد في البيع بالوزن أو الكيل أو العدد فاتفقهم صحيح وجائز قانوناً — فقرة ٧١ تعليقات دالوز مادة ١٥٨٥

٨١٠ — أما في حالة البيع بالكيل أو الوزن أو العدد فالقانون صريح في أن الهلاك على البائع ما لم يحصل وزن أو كيل أو عدد

في الفرق بين
البيع من جهة
الهلاك

٨١١ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنه اذا أصبح المبيع بهذه الكيفية قبل الوزن غير صالح للاستعمال المعد له أو بُدِد أو انعدم فالعقد واجب الفسخ — تعليقات دالوز فقرة ٤٣ مادة ١٥٨٥

٨١٢ — أو أصيب بحادثة قهرية فتساقط ذلك على البائع — محكمة اميان ١٣ أغسطس سنة ١٨٩١ — شرحه فقرة ٤٦

٨١٣ — واذا كان البيع بالمقاس واداً على شيء كلف البائع بصنعه فضمانه عليه الى أن يقاس . وعلى ذلك اذا تغيرت البضاعة أو نقصت قيمتها قبل مقاسها للمشتري الحق في طلب تنقيص الثمن حتى ولو كان العيب الذي استوجب نقص القيمة مجهولاً

من المتعاقدين وأياً كان الوقت الذي حدث فيه هذا العيب — محكمة أورليان ١١ أغسطس

سنة ١٨٨٠ شرحه ققرة ٤٧

٨١٤ — والبائع يكون ضامناً للتلف ولو كان المشتري ملتزماً بنقل البضاعة من

زراعة البائع الى محل صناعته

وانما اذا كان التلف ناشئاً من تقصير المشتري كأن حدّد ميعاد لنقل زراعة

بنجر بين المتعاقدين فلم ينقل المشتري البنجر الا بعد الميعاد المحدّد فتسبب من

ذلك اصابته فالضمان على المشتري — تعليقات دالوز ققرة ٥٠

٨١٥ — من المعلوم أنه في حالة الهلاك لا يخلو الحال اما أن يكون الذي هلك

هو الكل أو البعض

٨١٦ — فان كان الذي هلك هو البعض كيبيع عشرة أرادب قمح من مخزن

هلاك البعض

البائع بسعر الارذب جنيهاً وجب على البائع أن يسلم المشتري عشرة أرادب مما بقي

في المخزن . واذا كان باع جميع القمح الذي في مخزنه بسعر الارذب الواحد جنيهاً

فعلى رأى من يراه يبع بالكيل لا يستلم البائع من المشتري الا ثمن ما بقي من القمح

بعد الذي تلف

٨١٧ — أما إن هلك الكل كأن باع عشرة أرادب قمح من مخزنه فتلف جميع

هلاك الكل

القمح اختلفت الآراء :

قال مسيو بودرى ان حالة هلاك الكل كحالة هلاك البعض أى تكون على البائع

لأن المادة لم تفرق بين الأمرين بل جاء نصها عاماً وكل تفرقة تحكم — ققرة ١٤٩

من كتاب البيع

٨١٨ — الا أنه في هذه الحالة لا يجبر البائع على أن يسلم عشرة أرادب غيرها

لأنه تعهد بأن يبيع العشرة أرادب من القمح الموجود في مخزنه وقد هلك بأ كمله

فلا يمكنه تسليمه . وهذا هو الفارق بين البيع بهذه الكيفية وبيع الشيء بجنسه^(١) كيبيع

عشرة أرادب قمح بمبلغ عشرة جنيهات فالبيع وارد على شيء معين بجنسه فقط فاذا

كان البائع أعداً قمعاً للتسليم فهلك قبل حصوله وجب عليه احضار غيره لأنه لا يزال مدينًا ملزمًا بتنفيذ تعهده

٨١٩ — ويرى بعض المؤلفين غير ذلك ومبنى رأيهم أن البائع يبرأ من تعهده فلا يلزم بتسليم المبيع أما المشتري فيجبر على دفع الثمن وحجته في ذلك أن البيع ليس وارداً على بيع شيء بجنسه فقط بل على جنس معين وهو القمح الموجود في مخزن البائع وقد هلك — البانكت فقرة ١٠٤٥ ج ٥٩ بيع

ولكن الرأي الأول أكثر مطابقة لنص القانون

٨٢٠ — للمتعاقدین أن يتفقا على أن الهلاك يكون على المشتري ولو لم يحصل وزن أو كيل أو عدد أو مقياس — تعليقات دالوز فقرة ٥٥

٨٢١ — لمعرفة البائع المسئول ينظر لتاريخ التسليم لا لتاريخ التعاقد

فإذا بيعت سندات غير معينة واستهلك قبل التسليم وبعد البيع كان البائع هو المسئول وعلى ذلك ليس من المهم ظهور عدم استهلاك هذه السندات عند البيع إذا كانت استهلك وقت التسليم — تعليقات دالوز فقرة ٧٩ إلى ٨١ مادة ١٥٨٥

٨٢٢ — يرى بعض الشراح الفرنسيين أن الشارع لم يقصد أن يذهب بحكم تقييد حكم المادة ١٥٨٧ ف (٢٤١ أهلى) الى البحث فى نقل الملك أو عدم نقله وأن النص قاصر على جعل البيع غير تام من جهة الهلاك فقط وعلى ذلك فلا تناقض بينه وبين نص مادة ١٥٨٣ ف — ٢٦٦ أهلى القاضية بأن الملك ينتقل بمجرد العقد

واعترض مسيو بودرى على هذا الرأي بأنه لو صح ذلك لما كان هناك معنى لجعل الهلاك على البائع فى وقت زالت فيه عنه ملكيته . فجعل الشارع الهلاك عليه دليل على أن الملك لا يزال باقياً له خصوصاً وإن نظرية انتقال الملك متمشية دائماً مع نظرية تحمل الهلاك إذ القاعدة فى القانون الفرنساوى هى الهلاك على المالك^(١) وقد حاول مع ذلك هؤلاء المؤلفون أن يؤيدوا رأيهم بتطبيق نظرية الشروط

عليه فاعتبروا البيع الذي تقول عنه بيعاً بشرط موقف يتوقف على الوزن والعدد والكيل فإذا تمَّ الشرط رجع تأثير البيع الى تاريخ التعاقد واعتبر المشتري مالِكاً من ذلك الوقت فإذا لم يكن مسئولاً عن الهلاك قبل تحقق الشرط فذلك بناء على القاعدة العامة لتأثير الشروط الموقفة فإن الهلاك فيها على عاتق المتعهد حتى يتمَّ الشرط .
وقد رأيتهم مسيو بودرى قائلاً إن هذا برهان لا أساس له . إذ ليس من الصواب اعتبار الوزن والعدد والكيل وهو لازم لتقدير الثمن أو لتقدير المبيع شرطاً موقفاً للبيع لأن ذلك ركن من الأركان اللازمة لصحة البيع الذي لا يتمَّ إلا بالثمن . فلا بيع ما دام هذا الركن غير موجود وبناء على ذلك لا يكون المشتري مالِكاً —
« انظر فقرة ١٥١ بودرى وسينات »

٨٢٣ — والاعتراض الذي اعترض به مسيو بودرى لا يستقيم مع نظرية القانون المصري في الهلاك التي جارى فيها الشريعة الاسلامية فقد قضى بأن الهلاك يتبع التسليم سواء كان المبيع معيناً أو غير معين لأن التعيين لا يقوم مقام التسليم —
« دولس غرة ١٢٣ بيع ج ٤ »

٨٢٤ — على أنه في حالة البيع بالوزن أو الكيل أو العدد يمكن التوفيق بين حكم مادة ٢٤١ ومادة ٢٩٧ أهلى لأن العدد أو الوزن أو الكيل لازم التسليم أو هو بمن تمام القبض كما يعبر الشرعيون فما دام لم يحصل وزن ولا كيل فلا تسليم ولا تسليم ومتى حصل التسليم فالهلاك على المشتري وقبلة (وهنا قبل العدد أو الوزن أو الكيل) فهو على البائع ولكن التوفيق بين حكم مادة ٢٩٧ وحكم المادة ٢٤٠ متعذر والظاهر أن أحكامهما متناقضة إذ مادة ٢٤٠ تقضى بأن هلاك المبيع على المشتري ولو لم يسلم له المبيع والاخرى تقتضى التسليم حقيقة أو حكماً

٨٢٥ — يتبع أولاً نص العقد فيما يتعلق بشروط الوزن أو العدد أو الكيل

وكذلك فيما يتعلق بمكانه وزمانه فإن لم ينص على شيء يرجع للقواعد العامة : مكانه مكان التسليم لأن الوزن والعدد والكيل عملية أولية للتسليم وأما زمنه فهو الزمن الذي يستحق فيه تسليم المبيع

في الشروط
اللازمة للوزن
أو العدد
أو الكيل

٨٢٦ — والوزن والكيل والعدد يجب أن يحصل بحضور المتعاقدين فإذا حصل في غيبة المشتري فلا ينتقل الملك له ولا يجعل الهلاك عليه إلا إذا نص على خلاف ذلك أو جرت به عادة ثابتة .

٨٢٧ — وبما لا شك فيه أنه لو طلب المشتري من البائع مشافهة أو كتابة اجراء الوزن والعدد والكيل بحضور من يرسله لنقل البضاعة كان البيع تاماً منتجاً للتأجير التي تحصل لو كان المشتري حاضراً لأن هذا الرسول يعتبر وكيله

٨٢٨ — وإذا أرسل المشتري أميناً لنقل بضاعته فيعتبر أنه وكله ضمناً كذلك إذا أجاز المشتري البائع باجراء الوزن والكيل والعدد بغير حضوره إلا إذا ثبت أن الكيل والوزن غير مضبوط .

٨٢٩ — ويكون الوزن او الكيل او المقاس صحيحاً في غيبة المشتري اذا كانت العوائد الثابتة تقضى بذلك فقد تقرر بأن الوزن بواسطة ميزان عمومي جائز ويحتج به على المشتري اذا كانت العادة الثابتة جرت به وعلى ذلك يترتب عليه نقل الملك .

٨٣٠ — وكذلك في التجارة البحرية يعتبر في غوائد التسليم أن البضاعة سلمت بنقلها للمركب فتعتبر أنها بيعت او وزنت الح ويكون عمال المركب نائين عن المشتري وما دامت العادة كذلك فكأن المشتري وكله عنه في الاستلام

٨٣١ — ويعتبر ذلك حتى ولو لم يمض قطبان المركب بوليصة الشحن ولم تبرح البضاعة الميناء — دالوز فقرة ١٠١ مادة ١٥٨٥

٨٣٢ — ويكون سفرها على تبعه المشتري فإذا أصابها تلف فلا يسأل عنه المرسل إلا إذا كان سببه حادثاً قبل شحن البضاعة بالمركب — دالوز فقرة ١٠٢ مادة ١٥٨٥

٨٣٣ — للقاضي الحق المطلق في تقدير حصول الوزن والكيل والعدد عند الخلاف في سلطة القاضي بناء على أقوال الخصوم والمكاتبات المتبادلة بينهم وذلك للفصل فيما اذا كان المبيع معين بالوزن وأصبح مملوكاً للمشتري أو لم يعين — تعليقات دالوز فقرة ٧٢ مادة ١٥٨٥

٨٣٤ — وإذا بقي المبيع عند البائع بعد وزنه او كيله او عدّه لسبب من الاسباب

كعدم استطاعة المشتري نقله بعد ذلك او لعدم دفعه الثمن فهلاك المبيع على المشتري
لا على البائع — شرحه فقرة ٧٥

في طلب الوزن ٨٣٥ — اذا نص في العقد على ميعاد يحصل فيه الوزن وجب حصوله فيه —
فاذا لم يحضر المشتري في الميعاد المذكور لحضور الوزن فسخ العقد من نفسه وبلا
حاجة لتنبيه عملاً بنص المادة ٣٣٥ أهلى — ٤١٨ مختلط و ١٦٥٧ فرنساوى —
« تعليقات دالوز فقرة ١١٠ مادة ١٥٨٥ ف »

أما اذا لم ينص في العقد على ميعاد للوزن فيجب على البائع ان ينذر المشتري
بالحضور لاجراء الوزن والاستلام فاذا تأخر كان الهلاك عليه من وقت انذاره —
« ٢٩٧ والباندكت فقرة ١٠٧٢ ج ٥٩ بيع »

٨٣٦ — وقد حكم بأن الهلاك يكون مع ذلك على البائع اذا لم يعط للمشتري
الوقت اللائق لحضور الوزن وهو أمر تقدره المحكمة — الباندكت فقرة ١٠٧٣

٨٣٧ — وبأنه لا يجوز للبائع طلب الحكم على المشتري بالزامه باستلام المبيع
اذا لم يكن كلفه رسمياً بالحضور لاجراء الوزن او الكيل او العدد — شرحه فقرة ١٧٠٤

٨٣٨ — وقد يستفاد تنازل المشتري عن التمسك بالوزن بحضوره من العرف
اذا كانت العادة الثابتة جرت به . فان قصدهما يحمل على أنهما أرادا العرف

وقد حكم بأن وزن المواشى في السوق العام بمعرفة أحد القبانية العمومية —
يصح بغير حضور المشتري ويكون حجة عليه ما دام البائع اتبع العرف الذى يقضى
بذلك في مثل هذا البيع والمشتري لم يتفق على خلاف ذلك — باندكت فقرة ١٠٨٥

٨٣٩ — وانه لا يجوز الاحتجاج على المشتري بالوزن الذى يجريه البائع بمحطة
تصدير البضاعة في غيبة المشتري — دالوز فقرة ٨٧ مادة ١٥٨٥

٨٤٠ — ولا الوزن الذى يجريه موظف كالحضر مثلاً بناء على طلب البائع اذا
حصل بغير حضور المشتري — شرحه فقرة ٨٨

٨٤١ — وطلب بضاعة من تاجر يبيع بالجملة وغير مقيم في نفس بلد المشتري .

يتضمن توكيله دلالة في وزن البضاعة إلا أن الوزن الذي يحصل في غية المشتري المذكور لا يكفي لنقل الملك اليه لأن هذا البيع لا يتم إلا في وقت تسليم البضاعة لأمين النقل الذي يستلمها لحساب المشتري وفي هذا الوقت يجب النظر فيما اذا كانت شروط الطلب متوفرة أو غير متوفرة — محكمة الجزائر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ باندكت فقرة ١٠٤٣ — بيع ج ٥٩

٨٤٢ — وفي حالة بيع مواد غذائية لأحد المتعهدين بالتوريد للحكومة قبول المتعهد (المشتري للبضاعة) عند وصولها للمحطة يجعل الهلاك عليه ولو لم تقبلها المصلحة المشترط التوريد لها — تعليقات دالوز فقرة ٩٠ مادة ١٥٨٥ ف

٨٤٣ — اذا لم يحصل الوزن بحضور المتعاقدين فيتعين اخراج البضاعة من مخازن البائع وتسليمها لأمين النقل حتى يصح القول بنقل الملك الى المشتري إذ لا يكفي ان يعينها البائع وحده ويخصص كل بضاعة الى طلب مخصوص — « تعليقات دالوز فقرة ٩٣ »

٨٤٤ — والجاري عليه العمل أن المشتري يوكل أمين النقل المكلف بنقل البضاعة او البائع نفسه باجراء الوزن او الكيل او العدد

وهذا التوكيل قد يكون ضمناً — ففي حالة شراء بضاعة بالوزن طلبها تاجر يبيع بالتفصيل من تاجر يبيع بالجملة وغير مقيم معه في نفس البلد يتضمن توكيل البائع بأن يزن بنفسه أو بمعرفة أمين النقل الذي ترك له اختياره البضاعة الواجب تعيينها بالوزن . وبمجرد الوزن وتسليم البضاعة لأمين النقل يعتبر البيع تاماً — تعليقات دالوز فقرة ٩٤ و ٩٥ و ٩٦

٨٤٥ — والقاضي حرية التقدير وتأويل العقد لاستنباط ما اذا كان استفاد من طلب البضاعة توكيل البائع او أمين النقل دلالة أولا استفاد — شرحه فقرة ٩٧

٨٤٦ — واذا سلمت البضاعة المبيعة بالوزن للمشتري قبل وزنها فلا يتم البيع مع ذلك إلا بعد الوزن متى كان مشروطاً حصول الوزن في مكان آخر غير مكان التسليم — « شرحه فقرة ١٠٥ »

٨٤٧ — وحكم بأنه اذا بيعت بضاعة بالكيل أو الوزن مودعة عند أجنبي ودفع

المشتري الثمن بمقتضى كميالات وأعطى له اذن مرخص له فيه باستلام البضاعة بمجرد الطلب فاذا لم يدفع قيمة الكميالات جاز للبائع حبس البضاعة اذا لم يكن حصل كيلها او وزنها ولو كان المشتري باعها لآخر وأن يطلب فسخ البيع لعدم حصول التسليم — شرحه ققرة ١٠٩

٨٤٨ — اذا اتفق المتعاقدان على ميعاد للوزن ولم يحضر المشتري في الميعاد يفسخ البيع حتماً بدون احتياج لتعيينه رسمى عملاً بنص المادة ٣٣٢/٤١٨ — « شرحه ققرة ١١٠ »

٨٤٩ — اذا سكت المتعاقدان عن بيان نوع الكيل الذى يكتال به فيحمل سكوتهما على انها رضا بكلل المكان الموجود به الاشياء المبيعة والذى يجب ان يحصل التسليم فيه — باندكت ققرة ١٠٧٦ بيع ج ٥٩

تعيينه — فيما يتعلق بوجود نقص أو زيادة في المبيع — انظر الكلام على التسليم وفيما يتعلق برؤية بعض المشتري جزافاً انظر الكلام على العلم بالمبيع وفيما يتعلق بتعيين المبيع المبين بالنوع عدداً او قياساً او كيلاً — انظر الكلام على المبيع

الفرع السادس — في بيع التجربة

قوانين مصرية قانون فرنساوى

٢٤٢ — البيع على شرط التجربة ١٥٨٨ فرنساوى مطابقة لها غير أنه ربما تكون ترجمتها كما يأتى أظهر في المقصود
يعتبر موقوفاً على تمام الشرط
٣٠٨ — مختلط مطابقة لها
البيع بشرط التجربة يعتبر أنه حاصل دائماً بشرط موقف

٨٥٠ — البيع بشرط التجربة (١) هو بيع يحفظ فيه المشتري لنفسه الحق بأن يجرب الشيء قبل شرائه نهائياً

تعريفه

(١) لم يتكلم فقهاء الشريعة الاسلامية على البيع بشرط التجربة اكتفاء بأحكام خيار الرؤية التى سيجبىء الكلام عليها في الفرع الخاص بعلم المشتري بالمبيع ولأن البيع بشرط منهى عنه الا شروطاً اجازوها استحساناً كالبيع بخيار الشرط وغيره مما هو وارد في الكتب العلفية . وقد تكلم القانون فرنساوى في مادة خاصة (١٥٨٧) على البيع بشرط المذاق كشراء الزيت أو النبيذ وغيرها وقرر له أحكاماً خاصة مضمونها أن البيع لا ينقذ ولا يتم الا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع

٨٥١ — وعلى هذا يجب أن يكون اشتراط التجربة صريحاً في التعاقد والاشترط التجربة كان البيع مطلقاً أى غير مقيد بشرط . وسبب ذلك أن حق التجربة لا ينشأ عن طبيعة الشيء المبيع بل لا بد للمشتري من حفظ حقه فيه وقت التعاقد

٨٥٢ — ولا يستثنى من ذلك غير حالة واحدة هي حالة ما اذا كانت هناك عادة ثابتة بتجربة الشيء قبل شرائه نهائياً . فانه يجوز للمشتري التمسك بهذه العادة وتجربة الشيء قبل قبوله نهائياً ولولم تشترط التجربة صراحة عند التعاقد كشراء ملابس جاهزة أو بالمقاس (تفصيل) لاستعمال الشخص . فهذا البيع يعتبر أنه حاصل بشرط التجربة وكأن المشتري حفظ لنفسه الحق في تجربة الملابس المعدة لاستعماله الشخصى قبل شرائه نهائياً . ويحمل عدم الاشتراط على أن قصد المتعاقدين هو الرجوع للعادة الثابتة والقواعد العامة القاضية بالرجوع للعادة والأخذ بالعرف كثيرة نذكر منها قاعدة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (٤٣ مجلة) والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص (٤٥ مجلة) والعادة محكمة (٣٦ مجلة) وقد أحال القانون المصرى فى عدة مواضع على العرف — انظر مادة ٢٤٥ و ٢٨٦ اهل

والقانون الفرنساوى ينص كذلك فى المادة ١١٦٠ صراحة بوجوب تكملة العقد بالشروط التى جرى بها العرف وان لم تكن واردة به

وقد حكمت المحاكم الفرنساوية بناءً على ذلك بأن حق التجربة يجوز أن ينشأ

عن العادة الثابتة — انظر بودري المطول فقرة ١٦٤

وحيث أهمل الشارع المصرى حكم هذه المادة فوجب أن يتبع فى شأنها الاحكام العامة وهى اعتباره يعبأ بشرط التجربة وهو اعتبار موافق لرأى بعض الشراح فى فرنسا (دوفرليه بيع فقرتا ٩٦ و ٩٧)

ويرى مسيو جرانفولان أنه يجوز تحويل حق المذاق للمشتري بناءً على نص المادة ٢٤٥ أهلى (٣١١ مختلط) القاضية بمراعاة الشروط الضمنية التى يقتضها عرف البلد أو العرف التجارى — انظر كتاب العقود فقرة ١٩٥

على أن الظاهر لنا أن الشارع أغفل الكلام على هذه المادة لاندماج أحكامها فى أحكام العلم بالمبيع (خيار الرؤية) كما ستراه فى موضعه . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق أحكام بيع التجربة كما قدمنا يعنى أن البيع ينقذ ولكنه يكون معلقاً على شرط أما القانون الفرنساوى فيقتضى بعدم انعقاده الا بالمذاق بخالفاً بذلك القواعد العامة القاضية بأنه متى تم الرضاء انعقد البيع

٨٥٣ — قرر القانون اعتبار البيع موقوفاً على تمام شرط التجربة جرياً على

حكمه النص

قاعدة القانون الفرنسي

والحكمة من تقرير القانون الأخير هذه القاعدة أن شرط التجربة كان قديماً يعتبر شرطاً فاسخاً أى أن المشتري كان يعتبر مالكا من وقت التسليم ويكون هلاك المبيع «عليه» وإذا لم تأت التجربة موافقة رد المبيع للبائع فأراد الشارع أن يجعل الهلاك على «البائع» مادام شرط التجربة لم يتم لأنه ليس من العدل أن يتحمل المشتري ضمان شيء لم يمتلكه وربما رفض شراءه إذا جربه فتحمله مسؤولية هلاكه مخالف للعدل ومخالف لقصد المتعاقدين إذ من البعيد جداً أن يكون المشتري أراد أن يهلك الشيء عليه قبل تجربته لهذا قرر القانون اعتبار البيع المعلق على شرط التجربة معلقاً على شرط موقف في جميع الأحوال وعلى ذلك لا يتم البيع ولا تقترب أحكامه إلا بعد التجربة وما دام البيع غير موجود فلهلاك على البائع لأنه لا يزال مالكا

٨٥٤ — على أن للمتعاقدين مع ذلك أن يخالفا هذا الاعتبار القانوني^(١) لأنه

الاتفاق على
خلافه

مجرد افتراض من القانون (قرينة شرعية) يسرى حكمه عند السكوت

فإذا قصد المتعاقدان أن البيع بشرط التجربة يكون معلقاً على شرط فاسخ صح البيع واعتبرت الملكية منقولة من تاريخ التعاقد وكان الهلاك على المشتري سواء كان القصد صريحاً في التعاقد أو ضمناً مستفاداً من ظروف الأحوال المحيطة بالبيع —

« فقرة بودري المطول ١٦٦ وترولنج نمرة ١٠٧ ودوفرجه بيع نمرة ٩٩ »

٨٥٥ — فالفرق في الواقع بين الأمرين يرجع إلى مسألة الهلاك ففي حالة اعتبار

بيع التجربة معلقاً على شرط موقف يكون الهلاك على البائع وليس له حينئذ أن يطالب بالثمن . وفي حالة اعتباره بحسب قصد المتعاقدين بشرط فاسخ يكون الهلاك

على المشتري لأن الملك ينتقل إليه — انظر مادة ١١٨٢ فرنساوي وبلايول فقرة ١٣٥٠

و ١٣٥١ و ١٥٣٢ ج ٢

على أنه يلاحظ أن مسألة الهلاك هنا ليست تابعة للتسليم وإنما جعلت تابعة للمالك طبقاً لنظرية القانون الفرنسى^(١)

٨٥٦ — وفى الحالة الاعتيادية التى لم يتفق المتعاقدان فيها على خلاف ما قضى به القانون — أى متى كان الشرط موقفاً — اذا جرب المشتري الشيء ولم يعجبه أو هلك الشيء قبل تجربته انقضى التعاقد ويعتبر المشتري كأنه لم يملك الشيء المبيع . أما اذا أعجبه بعد التجربة تم البيع واعتبر المشتري مالكا للمبيع من تاريخ التعاقد كما هى القاعدة فى الشروط الموقفة واعتبرت أحكام البيع سارية من التاريخ المذكور فانتقال الملكية يكون تاماً من يوم التعاقد لا من يوم تمام التجربة

٨٥٧ — وينبنى على ذلك أن يكون للمشتري الحق فى التمسك بحقوقه قبل الحاجز الذى يكون حجز على المبيع بعد بيعه كما يتمسك بها قبل وكيل الديانة اذا أفلس البائع بعد البيع أيضاً

ويترتب أيضاً على سريان أحكام البيع بعد التجربة من تاريخ التعاقد ان للمشتري الحق فى طلب الشيء المبيع من الحاجز أو وكيل الديانة لتجربته حسب التعاقد الحاصل مع البائع قبل الحجز أو الافلاس لأنه لو تمت التجربة يصبح مالكا للشيء من تاريخ التعاقد وعلى ذلك يسقط حق الحاجز فى الحجز عليه كما يسقط الحق فى ادخاله ضمن التفليسة

٨٥٨ — والبيع بشرط التجربة يجوز حصوله فى جميع الاشياء مثلية كانت أو قيمة . معينة أو غير معينة . لعموم النص فى المادة وعلى هذا يجوز الاشتراط على شراء بيت يسكنه المشتري زمناً ما على سبيل التجربة

والغالب أن يحصل مثل هذا الاشتراط فى شراء الحيوانات أو الآلات والادوات التى تحتاج لتجربة كآلة بخارية أو محراث بخارى أو آلة كتابية وغيرها

(١) هلاك المبيع بحسب الشريعة الاسلامية مبطل لخيار الرؤية فيمنع فسخ البيع وعلى ذلك يجب على المشتري أداء الثمن وقد قدمنا أن بيع التجربة داخل فى حكم خيار الرؤية مستفاد من ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

٨٥٩ — ويلاحظ أنه يجب على المشتري بشرط التجربة أن يسجل عقده ان كان المبيع عقاراً ليتسنى له التمسك بحقوقه قبل الدائنين الذين يتلقون حقوقاً من البائع بعد البيع وقبل التسجيل

طريقة التجربة

٧٦٠ — قلنا انه متى جرب المشتري الشيء ولم يعجبه اتقضى التعاقد فما هي حدود المشتري في ذلك ؟ أله الحق المطلق في رفض الشيء لعدم موافقته له بحسب رأيه أم يكون للبائع حق له اثبات حيازة المبيع لجميع الصفات اللازمة للاستعمال المعد له بواسطة خبير

نقول إنه لا يخلو الحال إما أن يكون المشتري قصد بالتجربة موافقة الشيء له شخصياً . وإما أن يكون قصد بها توفر الصفات اللازمة لاستعمال الشيء بحسب ما أعدله . وذلك يعرف من طبيعة المبيع واستعداداته وقرائن الأحوال

فان تبين أن قصده ان يكون الشيء موافقاً لما يراه شخصياً جاز له رفضه اذا لم يعجبه رفضاً مطلقاً لأن ذلك أمر ذاتي يتعلق به فلا معنى لمعاينته بمعرفة خبير لا سيما وأن الاهواء تختلف والمشارب تتباين والناس فيما يعشقون مذاهب ألا ترى أن مزايا الشيء عند انسان تكون عند الآخر عيوباً وتقائص فالجواد الخفيف الحركة السريع العدو يعشقه محب السباق وان كان نفوراً ويكرهه قاصد الرياضة وإن كان جميلاً

أما اذا كان القصد هو توفر الصفات اللازمة للشيء بحسب ما أعدله فلا يجوز له رفضه إلا في حالة عدم توفرها ولذلك يكون للبائع حق طلب معاينتها بمعرفة خبير لإثبات استكمال شروطها لان الغرض أن يكون الشيء جيداً وصالحاً للاستعمال لأن يكون موافقاً للاهواء الشخصية . مثال ذلك شراء آلة لدرس القمح او لرفع المياه . فمتى كانت مستكملة للشروط اللازمة لاستعمالها تم البيع ولو كان المشتري لا يريده

والفصل في ذلك موكل للقاضي فله أن يقرر ما اذا كان المقصود بحسب الظروف وطبيعة الشيء هو التجربة الشخصية المعلقة على مجرد رغبة المشتري او التجربة لمعرفة الصفات

٨٦١ — وميعاد تجربة الشيء إما أن يكون محدداً في عقد الاتفاق أو غير محدد ميعادها
أما إذا لم يكن الميعاد محدداً فيجوز للبائع أن يطلب من القاضى تحديد ميعاد
إذا توقف المشتري عن تجربة الشيء . فإن تحدد الميعاد رضاءً أو قضاءً وجب على
المشتري اجراء التجربة ولا خيار له في عدم اجرائها لأنه وإن لم يكن مشترياً نهائياً
قبل التجربة إلا أنه تعهد بعمل شيء (التجربة) . فامتناعه عن أدائه يُعدّ عدم وفاء
بتعهدده يترتب عليه مطالبته بفسخ العقد والتعويض المستحق إذا أراد البائع ذلك
عملاً بقاعدة افتراض الشرط الفاسخ في العتود الملزمة للجانبين . وإذا لم يرد البائع
الفسخ وطلب التعويض جاز له أن يطلب سقوط حق المشتري في التجربة واعتبار
البيع بيعاً باتاً وعلى ذلك يستحق دفع الثمن ويكون هلاك الشيء عليه وذلك لأن
البيع هنا حاصل بشرط والمشتري هو الذى يمنع بفعله تمام الشرط ومتى كان المنع
من جهة المدين فيعتبر الشرط تاماً ومتحققاً (من سعى في تقض ما تمّ من جهته
فسعيه مردود عليه) انظر مادة ١١٧٨ فرنساوى (١)

٨٦٢ — ان شرط التجربة المذكور في عقد بيع لا يبيح إبقاء المبيع زمناً أطول
من الزمن اللائق للتجربة . وطلب فسخ العقد أو تنقيص الثمن الذى يطلب بعد الاستلام
بعدة سنين ويقدم بصفة وجه من أوجه الدفع فى الدعوى المرفوعة بطلب أداء الثمن
لا يعتبر طلباً وجيهاً — ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٣٠٤ ققرة ٤٣٦١ مجموعة ثانية
٨٦٣ — والتجربة كما يجوز ان تكون بمعرفة المشتري يجوز أن تكون بمعرفة
شخص آخر ذى خبرة يعهد اليه بذلك ويعفى هذه الحالة وكيلاً للمشتري . وليس
من اللازم اجراء التجربة بحضور البائع

فإذا مات المشتري قبل حصول التجربة انتقل الحق لورثته بما له وما عليه

(١) رأى بعض الشراح فرنساويين ان ائذار المشتري باجراء التجربة يجعل الهلاك عليه
ولكنه رأى غير صائب لان التعهد هنا هو تعهد بعمل شيء والائذار لا يجعل الهلاك على المتعهد
له الا فى حالة ما اذا كان التعهد خاصاً باعطاء شيء

الفرع السابع — في البيوع المستعملة في التجارة

المبحث الأول — في بيع السلم^(١)

٨٦٤ — أكثر ما يشاهد هذا البيع في الأعمال التجارية وقد ورد ذكره لأول مرة في القانون نمرة ٢٣ الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ (٢٥ شوال سنة ١٣٢٧) بتعديل مادة ٧٣ من قانون التجارة الاهلي

٨٦٥ — بيع السلم هو البيع الذي يتفق فيه المتعاقدان على اعطاء البائع أجلاً لتسليم المبيع

فان كان الأجل ممنوحاً للمشتري سمي بيع نسيئة^(٢)

وقد يكون البيع بيع سلم ونسيئة في آن واحد

وبيع السلم جائز قانوناً في جميع المعاملات تجارية أو مدنية محضة وبالنسبة لجميع الاشياء معينة بالتعيين أو غير معينة ولكنه أكثر ما يقع في المسائل التجارية وبالنسبة للبضائع والأوراق ذات القيمة كالسندات وغير ذلك من الأنواع الجارية التعامل بها في البورصة^(٣)

٨٦٦ — ولا كان بيع السلم يتناول في الغالب الأشياء المعينة بنوعها فقط وجب أن تسرى عليه الأحكام العامة المقررة في بيع هذه الاشياء فمن ذلك

١ — ان مجرد البيع لا ينقل الملك في المبيع بيع سلم إلا بالتسليم (٢٦٨ أهلي) وفي الواقع فان بيع السلم يرد على أشياء ربما لم تكن في حياة البائع لها وقت

(١) ويسميه الشراح الفرنسيون *Vente à livrer* — قارنه بيع السلم في الشريعة مادة ٤٤٣ وما بعدها من مرشد الخيران

(٢) *Vente à crédit* — النسيئة خلاف النقد (مخصص جزء ١٢ ص ٢٥٤) ويقال أنسأته الدين أخرته (المصباح المنير ص ٩٣٣)

(٣) يطلق على بيع الأوراق ذات القيمة والبضائع بالبورصة اسم *opération à terme ou marché à terme*

البيع ولكنه يستحصل عليها عند التسليم كما يفعل تجار الاقطان . أو تكون في حيازته ولكنها محصول زراعة لم تنبت . أو نبتت ولم تنضج . أو مصنوعات لم يبدأ في صنعها . أو سوائل لم تستخرج وهكذا . فمثل هذه الانواع لا يمكن تعيينها قبل تسليمها وكل ما لم يعين بالتعيين لا ينتقل الملك فيه الا بالتسليم كما تقدم

٢ — اذا هلك المبيع بيع سلم قبل التسليم فهلاكه على البائع — مادة ٢٩٧ اولى هلاك المبيع فيه

(٣٧١ مختلط)

يتعين اذن التدقيق في بيان الوقت الذي يحصل فيه التسليم لما له من الأهمية في حالة هلاك المبيع خصوصاً اذا كان نقل المبيع من جهة لأخرى حاصلًا باحدى وسائل النقل كالراكب والسكك الحديدية والعربات وغيرها فانه يجب البحث في معرفة من يهلك عليه المبيع أثناء السفر بصرف النظر عما اذا كان له حق الرجوع على الناقل أولاً بحسب الأحوال فنقول :

إما أن يتفق المتعاقدان على ان التسليم يكون بمحل المشتري وحينئذ يكون الهلاك على البائع لانه تعهد بنقل البضاعة للمكان الواجب التسليم فيه . فالتسليم لا يتم الا بإيصال المبيع لمحل المشتري

وإما أن يتفقا على ان التسليم يكون بمحل البائع وحينئذ يتم التسليم باستلام الناقل للبضاعة وعلى ذلك يكون هلاكها على المشتري

فاذا لم يتفقا على شيء من جهة التسليم وجب حصوله بمحل البائع لأنه المدين ٣ — يسلم المبيع في الوقت المعين له في العقد فاذا تأخر البائع لزمته التعويضات المترتبة على تأخيره

٨٦٧ — أحياناً يحصل بيع السلم بصفة مضاربة في البضائع والأوراق ذات القيمة وفي هذه الحالة لا ينفذ العقد بالوفاء عيناً بل يكون تنفيذه بمجرد دفع فروق فقط . مثال ذلك أن يبيع شخص مائة قنطار من القطن بسعر القنطار أربعة جنيهات ويتعهد بتسليمها في ميعاد معين . ففي ميعاد التسليم اذا اتفق ارتفاع السعر من أربعة جنيهات الى أربعة ونصف وجب عليه دفع خمسين جنيهاً الى المشتري وهو قيمة الفرق لأنه

(٣٤)

حصوله بطريق
المضاربة

لو أراد الوفاء عيناً لا يشتري المائة قنطار بسعر القنطار أربعة جنيهات ونصف وخسر بذلك نصف جنيه في كل قنطار . فبدل تسليم هذا القدر عيناً يسلم البائع للمشتري فرق الثمن

وقد كان قضاء المحكمة المختلطة الى سنة ١٩٠٩ مختلف الرأى فى صحة هذه العقود حتى صدر قانون نمر ٢٣ أهلى و ٢٤ مختلط لسنة ١٩٠٩ ونص على اعتبار هذه العمليات صحيحة لازمة متى حصلت فى بورصة مصرح بها طبقاً لقانون البورصة ولوائحها وكانت متعلقة ببيضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة ولو كان قصد المتعاقدين فيها أنها توول الى مجرد دفع الفرق . ونص صراحة فى المادة ٧٣ من قانون التجارة الأهلى (٧٩ مختلط) بان لا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يوول الى مجرد دفع فروق اذا انعقد على خلاف النصوص المتقدمة

٨٦٨ - ولأجل أن تكون بيوع السلم صحيحة بحسب أحكام هذه المادة يلزم أن تتوفر فيها أربعة شروط

- (١) يجب أن تعقد فى بورصة مرخص بها رسمياً
 - (٢) بواسطة سمسرة مقيدة أسماؤهم رسمياً
 - (٣) طبقاً للقانون واللوائح الرسمية الموضوعة لبورص السندات وبورص المحصولات
 - (٤) يجب أن تكون عن سندات أو محصولات جارتسعيورها فى الكشف الرسمى وقد بين فى لائحة البورصة الأوراق التى يقبل تسعيورها رسمياً والتى لا تقبل
- فلتراجع

ويؤخذ صراحة من هذا النص أنه اذا لم تتوفر فى البيع هذه الشروط فلا يجوز رفع دعوى بشأنه أمام المحاكم متى كان الغرض من المعاملة هو مجرد دفع الفرق لا الوفاء حقيقة بالتمهيد به

المبحث الثانى — فى بيع السلم بالعينه

٨٦٩ — وبيع السلم فى التجارة قد يحصل بناء على عينه يقدمها البائع للمشتري من الشئ المراد بيعه . فاذا حصل ذلك وجب تسليم المبيع بحسب العينه التى رآها المشتري . واذا لم تكن مطابقة لها جاز للمشتري رفضها ولو كانت مساوية لها فى القيمة أو زائدة عنها . أما اذا كان البيع مطلقاً أى بغير عينه اكتفى بان تكون البضاعة قابلة للتجار وحائزرة للشروط اللازمة لذلك

ويجب على المشتري عند الخلاف أن يثبت ذاتية العينه التى اشترى بمقتضاها سواء كان بتوقيع البائع أو بختمه أو علامة محله .

والجارى الآن أن تحفظ فى البورصة (المصفق) نماذج^(١) لمضاهاة البضاعة المبيعة بها ولكل درجة أو مرتبة من البضاعة نموذج خاص . فالقطن مثلاً جملة درجات فى بورصة الاسكندرية وتسمى (فير) و (فولى فير) و (جود) و (جود فير) و (فولى جود فير) وعند بيع القطن يرجع للنموذج الذى من مرتبته

٨٧٠ — ويختلف البيع بمقتضى العينه عن البيع بمقتضى النموذج فى أنه يتختم التشابه التام فى الصفة والنوع وجميع الأوصاف بين البضاعة المسلمة والعينه التى حصل الشراء بمقتضاها بخلاف الحال فى البيع بالنموذج اذ يكفى أن يكون الصنف خائزاً للأوصاف التى تجعله فى مرتبة النموذج الذى حصل البيع به — انظر حكم محكمة روان فى ٢٦ يولييه سنة ١٨٧٨

الفرق بين
وبين البيع
بالنموذج

٨٧١ — اذا تعاقد المشتري على الشراء بمقتضى عينه فله ان يتحقق مما اذا كانت البضاعة هى التى قصد شراءها أو ليست هى بل ويجب عليه اجراء ذلك فاذا كانت البضاعة موافقة للعينه فلا يقبل من المشتري الادعاء بان هذه البضاعة

ليست هى ما قصد شراءه — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سنة ١٧ صفحة ٤٤ فقرة ٤٣٦٢

مجموعة ثانية

٨٧٢ — لم يقتصر الأمر في المعاملات التجارية على بيع السلم بالطريقة السابقة في إعطاء البائع أمراً بالتسليم لحامله. فقد يتفق البائع والمشتري على أن يعطى البائع ترخيصاً تحت الأذن باستلام البضاعة. وهو عبارة عن أمر بالتسليم لحامله يميز للمشتري إذا باع ما اشتراه أن يحول أمر التسليم هذا للمشتري منه وهكذا ينتقل نفس الحق للمشتري الثاني فالثالث الخ وآخر مشتر يحق له عند حلول الاجل المحدد للتسليم ان يطلب استلام البضاعة من البائع الاصلى بمقتضى أمر التسليم الذى تحت الاذن

وقائدة هذه الاوامر سهوله التصرف في البضاعة بغير حاجة للتسليم والتسلم فعلا في كل دفعة . ولكن يعتبر كل عمل من هذه الاعمال بيعاً مستقلاً يترتب عليه حقوق وواجبات بين الطرفين المتعاقدين دون غيرها

٨٧٣ — ولذلك كان من مضار هذه الحالة أنه إذا تأخر البائع في التسليم عند حلول الأجل فلا يحق لحامل أمر التسليم مقاضاته مباشرة بل يجب عليه الرجوع على من باع له وهكذا . وكذلك إذا تأخر المشتري الأخير في دفع الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع والمطالبة بفرق الثمن بصفة تعويض كما يجوز له المطالبة بالثمن بأكمله ولكن كل ذلك قبل من باع له شخصياً . وهكذا كل منهم يرجع على الآخر

ويلاحظ هنا أن للبائع أن لا يستعمل هذه الحقوق وأن يتصرف في البضاعة عملاً بنص المادة ٣٣٥ مدنى أهلى (١٨ مختلط) التى تقضى بفسخ البيع حتماً إذا لم يدفع الثمن ويطلب التسليم في الميعاد المتفق عليه

٨٧٤ — وتلافياً لهذه المضار وما ينشأ عنها من الاطالة في التقاضى سنت بعض البورصات (المصافق) لوائح تميز التقاضى مباشرة بين المشتري الأخير والبائع الاصلى ويستدل الشراح على سريان هذه اللوائح على المتعاقدين بأن هذه اللائحة إنما تقرر عادة لتتبع في عقد أوجده العرف . فإذا لم ينص المتبايعان في عقد التبايع على ما يخالف هذه العادة وجب الأخذ بها — انظر مادة ٢٤٥ أهلى و ٣١١ مختلط

٨٧٥ — ويسمى هذا البيع بيع سلم بالتسلسل أو بيعاً بالتعاقب (١) . وبما ان سلسلة

بيع
السلم بالتسلسل
وتصفيته

البائعين والمشتريين قد تزيد وتنقص فالحال داع لتصفية الحساب وتسويته لمعرفة ربح وخسارة كل متعاقد لأنه من المتعذر أن تدوم الأسعار على حال واحدة فكثيراً ما تتغير من آن لآخر بين هبوط وارتفاع في خلال المدة بين البيع الأول والأجل المضروب للتسليم

وتحصل التصفية في الغالب بمعرفة مصفين وهم أشخاص خبرون بهذه المعاملات فيسوون الحساب في نظير أجر يتناولونه مقابل التسوية . فتقدم لهم الفواتير وجميع الأوراق الخاصة بالعملية المطلوب تسويتها وهم يبينون حساب كل شخص على حدة فيعينون ربحه إن ربح وخسارته إن خسر

٨٧٦ — والتصفية إما أن تحصل عقب كل بيعة على حدة أو تؤجل حتى تحصل في نهاية الأمر عند حلول الأجل
ففي الحالة الأولى يسوى الحساب بالكيفية الآتية :

باع زيد قطناً بكر بمبلغ ألف جنيه فارتفع السعر فباعه بكر لعمر بمبلغ ألف ومائتي جنيه . ففي هذه الحالة يدفع له عمر فقط المائتي جنيه وهو الفرق ويصير مديناً بمبلغ ألف جنيه يدفعها إلى زيد إذا انتهت السلسلة . وإلا فإذا هبط السعر مثلاً وباع عمر بمبلغ ٩٠٠ جنيه دفع مائة للمشتري الأخير منه وذلك لأن المشتري الأخير سيدفع ألف جنيه كاملة إلى البائع الأصلي وهكذا

وفي الغالب يسوى المصنف حساب كل شخص وكله في العمل على حدة . فإذا باع أحدهم بثن زائد سلمه الزيادة وإذا باع بسعر ناقص أخذ منه الفرق ويؤخذ من أحكام لائحة البورصة ان هذه التصفية يجب أن تحصل بواسطة السماسرة الرسميين في الأحوال الجائز فيها التعامل قانوناً ببيع السلم ويكون قصد المتعاقدين منه تنفيذ المعاملة بمجرد دفع الفرق

المبحث الثالث — في بيع البضاعة الحاضرة

٨٧٧ — مما يشاهد في التجارة أن التاجر قد يعرض للبيع بضاعة موجودة تحت يده فيشتريها المشتري بعد اطلاعه عليها ولكن يشترط لنفسه الحق في قبولها أو رفضها بعد معاينتها في ميعاد معين . فبناءً على هذا لا يتكون البيع إلا بعد المعاينة . غير أنه ليس للبائع أن يتصرف فيها قبل انقضاء الأجل المضروب . والمشتري بعد المعاينة أن يقبل البضاعة وبذلك يتم البيع أو يرفضها فينقض العقد الذي أبرم بينه وبين المشتري

٨٧٨ — وليس المشتري حرًا في تغيير الشروط عند القبول . فإما أن يقبل الصفقة كما هي أو يرفضها . فليس له مثلاً أن يطلب إقاص الثمن لعدم جودة البضاعة أو قبول بعضها ورد البعض . أو أخذ بضاعة أخرى غير البضاعة التي تم التعاقد عليها أما إذا اشترى البضاعة بعد معاينتها . أو بناءً على عينة قدمت له . أو تم البيع على شروط معينة من جهة وصف المبيع . فالبيع تام وليس للمشتري الرجوع بعد

٨٧٩ — وإذا انقضى الميعاد المحدد لإبداء المشتري رغبته في قبول البيع أو رفضه ولم ييدها اعتبر البيع نهائياً ولو لم يعاين البضاعة لأن سكوته وعدم اعلانه للبائع بالرفض يعدّ قبولاً للبيع

ومن جهة أخرى فالمشتري الحق في التصرف فيها إذا شاء — بحسب مصلحته — لعدم الاستلام في الميعاد المحدد . أي ان للبائع الخيار بين إلزام المشتري بأخذ البضاعة ودفع الثمن أو التصرف فيها لعدم استلامها عملاً بنص المادة ٣٣٥ مدني أهلي (٤١٨ مختلط) وقد يكون قبول المشتري ضمناً كاستلامه بعض المبيع

٨٨٠ — وهلاك المبيع في جميع الأحوال على البائع قبل التسليم إلا إذا كان المشتري قد دعى للاستلام بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد

المبحث الرابع — في البيع المعلق على وصول السفينة سالمة

٨٨١ — ومن البيوع التجارية بيعاً يشترط فيها تعليق المبيع بيع سلم على وصول السفينة الناقلة للبضاعة سليمة إذا كانت البضاعة تحتاج في نقلها إلى مسافات طويلة بالبواخر المخصصة لنقل البضائع

فمثل هذا الشرط يجعل البيع معلقاً على شرط موقف وهو سلامة وصول المركب وعلى ذلك لا يتم البيع إلا بعد تحقق هذا الشرط . فإذا غرقت السفينة هلك المبيع على البائع وزال التعاقد بمعنى أن البائع لا يكون ملزماً بتسليم بضاعة أخرى مكانها كما هي الحال في البيع البات الذي يظل بمتقضاءه البائع مدينًا بالشئ المبيع حتى يؤديه وذلك لأنه إذا لم يتم الشرط زال التعهد . وكثيرون من البائعين يقبلون هذا الشرط لما فيه من هذه المزية التي تقيهم تحمل مصاريف باهظة إذا كانوا ملزمين بتسليم بضاعة أخرى مكان البضاعة الهالكة

٨٨٢ — والمقصود بسلامة وصول السفينة هو وصول البضاعة سليمة . فإذا غرقت المركب ثم نقلت البضاعة إلى سفينة أخرى كان ذلك كافياً لأن قصد المتعاقدين وصول البضاعة سليمة وقد تحقق الشرط ولو غرقت المركب . وبالعكس لو وصلت المركب سليمة والبضاعة هلكت فلا يعتبر الشرط متحققاً

الفرع السابع — في البيوع التخيرية

شريعة إسلامية

مادة ٣١٥ — مرشد الخيران — يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قيمين أو مثيلين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعين ثمن كل منها على حدة ويجعل الخيار في تعيينه للمشتري بأن يأخذ أيأ شاء بثمنه أو للبائع بأن يعطي أيأ أراد بثمنه للمشتري ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر

قوانين مصرية

مادة ٢٤٤ أهلى — يجوز أن يكون المبيع شيئين أو أكثر تحت خيار البائع أو المشتري

مادة ٣١٠ مختلط مطابقة لها

مادة ٣١٦ — اذا كان خيار التعيين للبائع
فله أن يلزم المشتري أيهما شاء الا اذا تعيب
أحد الشيئين في يده فليس له أن يلزمه المعيب
الا برضاه فان لم يرض به فليس له أن يلزمه
بالآخر

مادة ٣١٧ — اذا كان خيار التعيين للبائع
وهلك أحد الشيئين في يده كان له أن يلزم
المشتري بالثاني فان هلكا معاً بطل العقد

مادة ٣١٨ — اذا كان خيار التعيين للمشتري
وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه
ويكون الآخر في يده أمانة فان هلكا معاً ضمن
نصف كل واحد منهما وان تعيبا معاً فالخيار
بحاله وان تعيبا متعاقبا تعين أخذ ما تعيب اولا

مادة ٣١٩ — اذا مات من له الخيار قبل
التعيين انتقل حقه الى وارثه ويجوز على تعيين
الشيء الذي يريد إعطاءه ان انتقل الخيار
لوارث البائع او الذي يريد أخذه ان انتقل
لوارث المشتري ويطلب بثمنه

قانونه فرنساوى

مادة ٥٨٤ منه فقرة ثانية — يجوز ان
يكون محل البيع شيئين او أكثر على سبيل
التخير

٨٨٣ — ان ذكر هذه المادة في باب البيع هو أيضاً من قبيل تطبيق القواعد
العامة الخاصة بالتعهدات فهو تعهد تخيرى ومحل شرحه شرحاً مستفيضاً في باب
التعهدات على العموم . ويسمى هذا البيع عند الشرعيين بخيار التعيين^(١)
مثاله باع زيد منزله بالعباسية أو منزله بشبرا الى بكر بمبلغ ١٠٠٠ جنيه على أن
يختار أيهما شاء . فالبيع لا يتعين إلا بالاختيار . وعلى ذلك لا ينتقل الملك الا به أيضاً
وهذا هو موضوع بحثنا هنا :

(١) خيار التعيين ان يشتري احد الشيئين او الثلاثة على ان يعين أيا شاء (ابن عابدين

ففي البيوع التخييرية ينقصد البيع وانما يبقى ثقل الملك غير محقق لأن المبيع — وهو شيء واحد من شيئين أو عدة أشياء — لا يعلم الا بعد الاختيار . أى بعد تعيينه بمعرفة البائع أو المشتري بحسب الأحوال . وطالما ان التعيين لم يحصل فالمبيع مجهول ولا يتأتى حينئذ ثقل ملكيته . أما اذا تعين بالاختيار ثقل الملك في الحال واعتبر من تاريخ التعاقد فحق التملك للمشتري يستند مفعوله إلى التاريخ المذكور^(١)

٨٨٤ — وحكم البيع التخييري في الشريعة الاسلامية ظاهر من مراجعة النصوص التي أوردناها في أول هذا الفرع فراجعها بالاخص فيما يتعلق بهلاك أحد الشيئين . وكل ما نورده من الملاحظة هو أن المادة (٣١٥ مرشد) اشترطت اختلاف الجنس في الأشياء المثلية لأنها لو كانت متحدة لما كانت هناك حاجة للتعين حتى ولا فائدة من العقد

والبيوع التخييرية نادرة جداً في العمل لهذا نكتفي بما قدمنا تنبيه — للبيع خلاف الصور السابقة صوراً وصيغاً أخرى كييع الوفاء والبيع القضائي وسنأتي على شرحها فيما بعد

الفرع الثامن — في الشروط والآجال المتعارفة

شريعة اسلامية

مادة ٣٢٩ مرشد الحيران — البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها ان يكون الدفع مؤجلاً او مقسطاً بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية — راجع كذلك مادة ٢٥١ من المجلة

قانونه فرنساوى

ليس به مادة مقابلة لهذه

قوانين مصرية

مادة ٢٤٥ أهلى — إذا لم يذكر في عقد البيع شرط له ولا ميعاد لدفع الثمن فيعتبر البيع بتأبلا شرط والثمن حالاً الا اذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية وأجل للثمن ولو

لم يذكر ذلك في العقد

مادة ٣١١ مختلط — مطابقة لها

(١) لمعرفة باقى أحكام التعهدات التخييرية انظر شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ١٥٦ وما بعدها وخصوصاً فيما يتعلق بالهلاك

٨٨٥ — الأصل أن البيع المطلق ينعقد معجلاً خالياً من كل شرط . فيجب على المشتري أداء الثمن في الحال وعلى البائع تسليم المبيع كذلك بغير شرط . فليس للمشتري أن يعلق تمام البيع على حصول تجربة المبيع . أو دفع الثمن على تقديم كفيل وهكذا بغير شرط خاص . وكذلك ليس للبائع أن يعلق تسليم المبيع على وقوع أو عدم وقوع حادثة معينة . أو يستلزم مقياس المبيع وكيله بغير المقياس والكيل المعروفين . أو يطلب سكنى المنزل الذى باعه مدة معينة من الزمن وهكذا بغير شرط خاص

فإذا أريد شيء من ذلك أو غيره من سائر الشروط وجب النص عليه في العقد . فيذكر الشرط أو يبين الأجل المضروب لدفع الثمن وهكذا . غير أن القانون استثنى من هذا الأصل ما جرى به العرف أو بعبارة أخرى قضى بمراعاة العرف الجارى ولا خلاف عندنا في أنه استمد هذا النص من الشريعة الإسلامية فقد قرر الفقهاء بأن البيع المطلق ينعقد معجلاً . أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه أداء الثمن في الحال . أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين بعد اسبوع أو شهر منه لزم اتباع العادة والعرف في ذلك — انظر مادة ٢٥١ مجلة

كذلك قرروا أن ما لم ينص عليه يحمل على العرف أى على عادات الناس في الأسواق لأن العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن

تعارض العرف والنص أما إذا وجد النص وجب اعتباره حتى ولو كان العرف مغايراً له . وحجة فقهاء الشريعة أن النص أقوى من العرف ولأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل هذا الزمان في اخراج الشموع والسرر إلى المقابر ليالى العيد . وأن النص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل . وأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه

فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى — ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٩

والقواعد التي وردت بشأن مراعاة العرف كثيرة نذكر منها ما جاء في المجلة من أن العادة محكمة أي تجعل حكماً لا ثبات حكم شرعي . وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . والعادة تعتبر إذا طردت أو غلبت فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر — راجع مادة ٣٦ من المجلة وما بعدها

وقد استنبطوا من قاعدة : المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً : ان عدم الوفاء بالشرط يملك الفسخ لمشرطه^(١) (زاد المعاد في هدى خير العباد ص ٢١٣)

٨٨٦ — ومما لا نزاع فيه أنه لا يرجع الى العرف الا عند سكوت المتعاقدين أو سكوت القانون أي عند عدم النص ولذلك بحث الفقهاء الشرعيون في حالة تعارض النص بالعرف بأن نص الشارع على أمر وجري العرف على خلافه فقالوا بأنه يعتبر النص لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى ووجه قوته أن النص حجة على الكل أما العرف فهو حجة على الذين تعارفوه والتزموه فقط كما قدمنا — « ابن عابدين ص ١٨٩ ج ٤ »

وهذا ما هو واجب الاتباع في حكم القانون . فانه يتبع أولاً اتفاق المتعاقدين لأنه قانونهما . فان لم يوجد فنص القانون . فان لم يوجد فالعرف . وللمتعاقدين اذا كان في اتباع العرف ضرر لهما أن ينصا على خلافه

٨٨٧ — نصت الشريعة الفرنسية أيضاً على أنه اذا كان البيان الوارد بعقد شريعة فرنساوية غير مستوف وجب تكملته بالشروط التي جرى بها العرف ولو لم يكن منصوصاً عليها صراحة في العقد — مادة ١١٦٠ فرنساوي

(١) يحسن مقارنة هذا الاستنباط بقاعدة : الشرط الفاسخ مفترض في سائر العقود الملزمة للجانبين وهي القاعدة القاضية بجواز طلب فسخ العقد اذا لم يتم المتعهد بالوفاء بما تعهد به للطرف الآخر — مادة ١١٨٤ فرنساوي

فالفقهاء أجازوا الفسخ اذا كان الشرط ضمنياً ولم ينص المتعاقدان على مخالفة العرف فيه . فلو كان العرف يقضي بشروط ضمنية ولم يحصل الوفاء بها في الحالة التي يجب اتباعها بحسب نص المادة ٢٤٥ أهلي هل يجوز طلب الفسخ قانوناً ؟ الظاهر لنا الجواز ليس فقط قياساً على رأي الفقهاء بل تلافياً لانعدام حكم المادة اذا كان الفسخ غير جائز

في يرجع
للعرف

فالاتفاق ملزم للمتعاقدين ليس فقط باتباع ما هو منصوص عليه فيه وإنما باتباع ما هو من توابعه التي يقضى بها العدل والعرف — مادة ١١٣٥ ف والعرف الواجب مراعاته هو عرف المكان الذي انعقد فيه العقد لا عرف مكان آخر — تقضى فرنساوى — ١٩ أغسطس سنة ١٨٨٧ بلايول فقرة ١١٨١ ج ٢ والرجوع الى العرف صادقنا وسيصادقنا كثيراً في مباحثنا

الفصل السابع

في المتعاقدين

يتناول هذا الفصل البحث في الأحوال الخاصة بالبيع من جهة أهلية المتعاقدين ورضائهما أو بعبارة أخرى في الأحكام المؤثرة على أهلية المتعاقدين ورضائهما في البيع بصفة خاصة مع أنها غير سارية على سائر العقود

الفرع الأول — فيمن يجوز لهم البيع والشراء

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٠ مرشد الحيران — يشترط لانعقاد البيع أن يكون كل من المتعاقدين أهلاً للعقد (أى عاقلاً مميزاً) فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الغير المميز

مادة ٢٦١ — يشترط لانعقاد البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه أو وكيلاً لملكه أو وليه أو وصيه وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه وأن لا يتعاقى بالمبيع حق الغير

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٤ فرنساوى — يجوز لكل من لم يحجر عليه بحكم القانون أن يبيع ويشترى

قوانين مصرية

مادة ٢٤٦ أهلى — يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل

مادة ٣١٢ — مختلط مطابقة لها

مادة ٢٤٧ أهلى — يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية للتصرف في المبيع

مادة ٣١٣ — مختلط مطابقة لها

٨٨٨ — يشترط لصحة البيع خلاف أركانه الثلاثة السابق شرحها وهي: التراضي. اهلية المتعاقدين والتمن. والمبيع. أن يكون المتعاقدان من ذوى الأهلية الشرعية للتعامل — مادة ٢٤٦ أهلى و ٣١٢ مختلط

ولم تسكلم على الأهلية عند الكلام على أركان البيع لاختلاف الأحكام المترتبة على كل. فإن انعدام أحد الأركان الثلاثة مانع من انعقاد البيع. أما فقد الأهلية فمانع من الصحة لأن انعدامها يجعل العقد قابلاً للبطلان ولكنه لا يمنع انعقاده — مادة ١٣١ فقرة أولى أهلى و ١٩١ مختلط

٨٨٩ — والأصل أن يكون الإنسان أهلاً للتعامل ما لم يقرر القانون بنص
الاصلى
الاهلية
خاص اعتباره عديم الأهلية

ولهذا إذا أريد معرفة ما إذا كان الشخص أهلاً للتبائع أو غير أهل يجب أن يبحث عن القوانين القاضية بفقده الأهلية لا عن القوانين المكسبة لها إذ لا ينص على الأصل وإنما ينص على الاستثناء

٨٩٠ — على أن حكم المادة (٢٤٦) السابق ذكره هو تكرار للحكم العام الوارد في باب التعهدات مادة (١٢٨ أهلى و ١٨٨ مختلط). وكل شخص عديم الأهلية للتعاقد على العموم هو عديمها بالنسبة للبيع

ولكن الأهلية كما تكون مطلقة شاملة لكل الافعال تكون مقيدة بالمحصارها في بعض تلك الافعال — ١٢٩ أهلى و ١٨٩ مختلط

لهذا نعى القانون في مادة ٢٤٧ أهلى (٣١٣ مختلط) بالنص على وجوب حيازة البائع لأهلية التصرف فى الشئ المبيع. فقد يتأتى أن يكون البائع أهلاً للتعامل ولكنه ليس بأهل للبيع والشراء. مثال ذلك الأشخاص المنصوص عليهم فى المادة ٢٥٨ أهلى (٣٢٥ مختلط). والأشخاص الذين ينص قانون أحوالهم الشخصية أو القانون العام على منعهم من ذلك كمنع المحكوم عليه بالاشغال الشاقة من التصرف فى ماله مدة اعتقاله. ومنع الزوجة فى القانون الفرنساوى من بيع أموال الزوجية. ومنع بيع ملك الغير. ومنع المدين المحجوز عليه من بيع العقار المطلوب نزع ملكيته من تاريخ تسجيل تنبيهه.

نزع الملكية بحسب القانون المختلط (مادة ٦٠٨ منه) . ومنع المدين من بيع التركة المستغرقة بالدين قبل أدائه بحسب الشريعة الاسلامية (أحكام المحكمة المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ سنة ٣ ص ٢٣٠ و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سنة ٨ ص ٦٥ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سنة ٩ ص ٩٢ وابن عابدين ج ٤) ومنع المريض مرض الموت من البيع لو ارث الا بأجازة باقى الورثة ولغير الوارث فيما زاد عن الثلث

٨٩١ — فالمحكوم عليه بعقوبة جنائية غير أهل للتصرف في البيع اثناء حبسه فقد نص القانون على أنه لا يجوز له التصرف في أمواله ويبيعها مدة اعتقاله الا بناء على اذن من المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته

عدم اهلية
المحكوم عليه
بعقوبة جنائية

وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ذلك يكون ملغى من ذاته — مادة ٢٥ عقوبات كذلك القيم المعين على المحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يسوغ له التصرف في مال المحكوم عليه المذكور لقصر وظيفته على أعمال الادارة فقط . فاذا باع مال المحكوم عليه فالبيع باطل — مادة ٢٥ عقوبات وحكم ملوى الجزئية ٢٤ اكتوبر سنة ١٠٦ مجموعة رسمية سنة ٨ ص ٤٢

والمفلس والوصى ممنوعان من البيع الا بالحدود المقررة قانوناً ومتولوا الأوقاف لا يجوز لهم بيعها الا في الاحوال المباحة شرعاً . فاذا لم تراعى هذه الشروط كان البيع باطلاً — انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٥ وما بعدها فكل هؤلاء ليس لهم أهلية التصرف الشرعية في البيع وان جاز أن يكونوا أهلاً للتعامل في غير الاحوال المتقدمة

٨٩٢ — والحكم في الأهلية مقيدة أو مطلقة يرجع للاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد (١٣٠ أهلى و ١٩٠ مختلط) . وشرحها خارج عن موضوعنا . لهذا تقتصر على القول بأن عديمي الأهلية شرعاً هم :

الرجوع
للاحوال
الشخصية

القصر الذين لم يبلغ سنهم ١٨ سنة

والمحجور عليهم لسفه أو عته

والمفلسون

٨٩٣ — والذي يترتب على فقد الأهلية هو عدم جواز مباشرة العقد بواسطة عديمها كالفاسر أو المحجور عليه . فلا يجوز له أن يقبل أو يوجب بنفسه وإنما يتعاقد بواسطة النائب عنه (وصيه أو القيم عليه) . ومتى تم ذلك ترجع أحكام العقد من حقوق وواجبات الى عديم الأهلية . فيعتبر بائعاً له حقوق البائع وعليه واجباته . أو مشترياً له حقوق المشتري وعليه واجباته . فاذا تعاقد عديم الأهلية بنفسه كان تعاوده قابلاً للبطلان من جهته ولا يجبر على الوفاء به — مادة ١٢٨ و ١٣٢ أهلى

وأحياناً تتوقف صحة العقد على استيفاء اجراءات قانونية فإنه لا يجوز للأوصياء أو القوم أو الوكلاء أن يبيعوا أو يشتروا عقاراً أو أطيان القصر إلا بعد الاذن بذلك من المجلس الحسبى — مادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية الصادرة فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦

٨٩٤ — وعدم الأهلية يلحق الاشخاص المعنوية كما يلحق الافراد لان الاشخاص المعنوية تعتبر غالباً من طبقة عديمي الأهلية فلا يجوز لها التبايع إلا بواسطة نائبين شرعيين عنها ومأذونين بذلك فهو لاء هم الذين يتولون التعاقد بالنيابة عن تلك الاشخاص المعنوية ثم ترجع حقوق العقد وواجباته اليها كمصالح الحكومة أو المجالس المحلية أو مجالس المديريات والجمعيات الخيرية وغيرها — انظر بودرى المطول فقرة ١٩٧

٨٩٥ — وعلى هذا حكم بأن بيع الحكومة المصرية لملك داخل فى الاملاك المخصصة لضمان القرض العمومى بدون مراعاة الاجراءات المطلوبة قانوناً (وهى : ١ — قرار مجلس النظار — ٢ موافقة المستشار المالى ٣ — رضا آل روتشلد) يكون باطلاً ولا مفعول له — مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٨٨٧ — بورلى مادة ٣١٣

٨٩٦ — فالذى يترتب على فقد الأهلية العامة فى التعامل هو حرمان عديم الأهلية من مباشرة العقد بنفسه أى أن التراضى الحاصل منهم وحده غير كاف لتكوين العقد ولكنه متى عقد البيع بواسطة النائب عنه شرعاً آل اليه مركز البائع أو المشتري كأنه أهل للتعاقد

ولست الحال كذلك فى حالة عدم الأهلية الخاصة وهى الاحوال التى يحظر القانون فيها بصفة خاصة التبايع على بعض الاشخاص فانه فى هذه الحالة لا تنحصر عدم أهليتهم

ما يترتب على
فقد الأهلية

عدم أهلية
الاشخاص
المعنوية

في مباشرة العقد فقط بأنفسهم بل يحرم عليهم بصفة عامة أن توؤل اليهم حقوق أو واجبات هذا البيع المنوع . وموضوع كلامنا هنا هو عدم الاهلية الخاص أو المنع الخاص

٨٩٧ — وهذا المنع يتناول :

المنع الخاص

أولاً — القضاة ومساعدو القضاة (الكتبة والمحضرون والمحامون)

ثانياً — القائمون مقام غيرهم بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء والوكلاء

ثالثاً — المدين المحجوز عليه من تاريخ تسجيل ورقة تنبيه الحجز على العقار في

القانون المختلط — مادة ٦٠٨

والمنع في الحالتين الأوليين قاصر على الشراء فقط وفي الحالة الأخيرة قاصر على البيع

المبحث الأول — في الحجز على أهلية القضاة ومساعدى القضاة

قوانين مصرية

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٧ أهلى — لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والافوكاتية أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلاً ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون من رؤيتها من خصائص المحاكم التي يجرون فيها وظائفهم فاذا وقع ذلك كان البيع باطلاً

وفي هذه الحالة يكون البيع باطلاً أصلاً ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة في ذلك ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من نفسها

٣٢٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٦٨ مرشد الحيران — لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه وله أن يشتري من الوصى شيئاً من مال اليتيم أو يبيع ماله من اليتيم ويقبل وصيه وان كان هو الذى أقامه وصياً

قانونه فرنساوى

مادة ١٥٩٧ — لا يجوز للقضاة أو نوابهم ولا للقضاة القائمين بأعمال النيابة العمومية والكتبة والمحضرين ووكلاء الدعاوى والمدافعين والموثقين أن يشتروا خصومات أو حقوقاً أو دعاوى متنازع فيها ويكون نظرها من خصائص المحكمة التي يؤدون فيها وظائفهم والا كان الشراء باطلاً وألزموا بالمصاريف والتعويضات المترتبة على ذلك

٨٩٨ — شراء الحقوق المتنازع فيها مباح للأفراد ولا قارب بينه وبين شراء أى
حق آخر إلا ما نص عليه القانون من اجازته المدين أن يتخلص من الدين المبيع
بدفعه للمشتري الثمن الحقيقي الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة
(مادة ٣٥٤ أهلى و ٤٤٢ مختلط) . ولكنه محرم على القائمى بالقضاء

المنع من شراء
الحقوق المتنازع
فيها

فقد خاف القانون على القضاة ومن يساعدونهم فى إقامة العدل إن أباح لهم
الاتجار بالحقوق المتنازع فيها أن تسهويهم مصالحهم الشخصية فيستخدمون مراكزهم
لارضاء مطامعهم أو ينتفعون من خبرتهم بطرق التقاضى فيبتزون من ذوى الحقوق
حقوقهم بثمان بنحس موهين إياهم أن الأمل فى كسبها قليل

وخشى أن تظن الناس بهم الظنون فيرتابون فى عدلهم ويسهل على المتقاضين
التزلف اليهم فتذهب الثقة بهم . ومتى تزعزت الثقة بالقضاء وأعوانه عمت الفوضى
وتقوضت أركانه وسقط نفوذ القائمى بالعدل فى أعين الناس وضاعت هيئتهم
وانمحطت كرامتهم

من أجل ذلك حرّم القانون عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها متى كانت رؤيتها
من خصائص المحاكم التى يشتغلون بدائلتها . فالقاضى إنما ولى القضاء ليفصل بين
الناس فى خصوماتهم لا ليتجر فيها . والمحامى ليساعد الضعيف على الاتصاف من
القوى وهكذا قل فى باقى أعوان القضاء

٨٩٩ — وقد قصر القانون المنع على الشراء فقط لتحقيق العال المتقدمة فيه . فخرج
بذلك البيع فهو غير محرم على من قدمنا . لهذا يجوز للقاضى أن يبيع حقاً متنازعا فيه
ولا يتناول هذا المنع غير الأشخاص المنصوص عليهم فى القانون (مادة ٢٥٧ أهلى
و ٣٢٤ مختلط) وهم القضاة . وأعضاء النيابة . وكتبه المحاكم . والمحضرون . والمحامون .

قصر المنع على
الشراء دون
البيع وعدم
التوسع فيه

إذ لا يجوز التوسع فى الاستثناء — ما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس
٩٠٠ — وإنما يلاحظ أن المقصود من استعمال كلمة قضاة هنا معناها الأعم .
فتناول القضاة من أى درجة أو أى قضاء سواء أكانوا قضاة المحاكم الاعتيادية

(ابتدائية أو استئنافية . مدنية أو تجارية أو جنائية) . أم قضاة المحاكم الشرعية . أم أعضاء محاكم الأخطاء . أو المحاكم الإدارية كمحاكم الواحات وغيرها من السلطات الاستئنافية المحول لها حق الفصل في المنازعات^(١)

وكلمة وكلاء الحضرة الخديوية تشمل أعضاء النيابة على اختلاف درجاتهم من النائب العمومي الى معاون النيابة

وكلمة أفوكاتية الواردة بالمادة تشمل المحامين من أى صنف سواء كانوا مقبولين أمام الاستئناف أو تحت التمرين كما تشمل وكلاء الدعاوى المقبولين أمام المحاكم الابتدائية فقط^(٢)

ويمنع كذلك الكتبة والمحضرون سواء كانوا معينين بالمحاكم الجزئية أو الابتدائية أو الاستئنافية أو الأخطاء وهكذا

٩٠١ — ويشترط لمنع الشراء شرطان — الأول أن يكون النزاع في الحق المشتري من اختصاص المحكمة التابع لها الموظف المذكور — الثاني أن يكون الحق متنازعا فيه

٩٠٢ — الشرط الأول — صرح القانون بأن منع الشراء قاصر على الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحكمة التي يؤدي هؤلاء الموظفون فيها وظائفهم . ويترب على هذا ان يختلف المنع باختلاف درجات التقاضي وجهات الاختصاص . فقضاة المحاكم الجزئية ممنوعون من شراء الحقوق التي من اختصاص محاكمهم الجزئية فقط ولكن يجوز لهم شراء ما كان من اختصاص محاكم جزئية أخرى حتى ولو كانت تابعة للمحكمة الكلية التابعين اليها . وذلك مستفاد من نص المادة الصريح في أن يكون الحق المتنازع فيه داخلا في اختصاص المحكمة التي يؤدي

(١) وقد كان يدخل ضمن ذلك أيضاً العمد المحول لهم الفصل في المسائل المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مائة قرش قبل انشاء محاكم الأخطاء

(٢) راجع المقارنة الواردة بين الوكلاء والمحامين في تقرير جناب المستشار القضائي سنة ٩١٢

القاضي وظيفته فيها وهكذا الحال في باقى النصوص عليهم في المادة — راجع بودرى

المطول ص ٢٥٧ قرة ٢٥٩

وبالعكس ليس لقضاة المحكمة الابتدائية أن يشتروا شيئاً مما يدخل في دائرة اختصاص المحكمة الكلية بأكلها حتى ولو كان النزاع من اختصاص المحكمة الجزئية وحدها وغير قابل للاستئناف لاحتمال استئنافه من صاحب الشأن . والاستئناف ولو كان غير مقبول شكلاً يجعل المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر في الفصل فيه على كل حال . ومن جهة أخرى ففي أثناء سير الدعوى الجزئية وقبل الحكم نهائياً لا يمكن أن يعلم ما إذا كانت القضية تستأنف أو لا تستأنف فقد يجوز أن يطرأ أمر يجيز الاستئناف كرفع دعوى فرعية قابلة للاستئناف أو غير ذلك من المسوغات القانونية . إلا أن مستشارى محكمة الاستئناف ليسوا بمنوعين أخذاً بنص المادة من شراء حقوق متنازع عليها وتكون من اختصاص المحاكم الجزئية لأنه لا يتأتى طرحها أمامهم في الدرجة الاستئنافية ولكن بعضهم لا يجيز ذلك لأن اختصاصهم يشمل جميع أنحاء القطر ويقول بأن من حرم من شراء الكثير حرم من شراء القليل

والقضاة الاهليون غير ممنوعين من شراء حقوق متنازع فيها أمام المحاكم المختلطة

وبالعكس

وأعضاء محكمة الخط لا يجوز لهم شراء القضايا التي من خصائص محكمة خطهم . ولكنهم ليسوا ممنوعين من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام سائر المحاكم الجزئية والكلية وما قيل عن القضاة يقال بالنسبة للكتبة والمحضرين

والمحامون المقيدون أمام الاستئناف وان كان يجوز لهم المرافعة أمام جميع المحاكم غير أنهم لا يترافعون في الواقع بضعة مستمرة إلا أمام محاكم معينة فيجب أن يكون الحظر في الشراء قاصراً عليها

٩٠٣ — الشرط الثانى — أن يكون الحق متنازعا فيه — يقصد بالحق المتنازع

فيه هنا جميع الحقوق التي يحصل فيها خلاف بين ذوى الشأن يفضى الى التقاضى

ولو لم ترفع به دعوى . ويستتبع ذلك من قول القانون « حق متنازع فيه » فهو تعبير عام يتناول الدعوى المرفوعة أمام المحكمة والغير المرفوعة ما دام قد قام نزاع بشأنها وكان نزاعاً مؤدياً للتقاضى — راجع بودرى المطول فقرة ٢٦٢

ويرجح هذا الرأى استعمال القانون لعبارة « حق متنازع فيه » بمعناها الأعم في المادة ٣٥٤ أهلى — (٤٤٢ مخطط)

وعلى هذا يتناول الحق المتنازع فيه حالتان : الأولى — أن يكون الحق المتنازع فيه مرفوعاً أمام القضاء — الثانية — أنه لم يرفع أمام القضاء ولكن النزاع فيه مؤدي لذلك . فالعلة في الحالتين واحدة

٩٠٤ — وتقدير النزاع فى الحق وبيان ما إذا كان مفضياً للخصومة أو غير مفضٍ أمر موكل لتقدير القضاة فعليهم أن يتحققوه من ظروف الأحوال ليتبينوا ان كان البيع حصل بهذا الاعتبار أو لم يحصل لأنه لم يكن من نزاع قائم عليه . لذلك يجب عليهم أن يتبينوا ان كان النزاع حقيقياً وعلى أساس أو مصطنعاً بقصد إبطال البيع « انظر بودرى المطول فقرة ٢٦٤ ودوهرس فقرة ٢٤٠ بيع ج ٤ »

٩٠٥ — والمنع وارد على كل أو بعض الحقوق المتنازع فيها فإذا قام نزاع بين دائن ومدين على درجة دينه المعترف به كان يبعه غير جائز . كذلك يشمل الحقوق المتنازع فيها أياً كان موضوعها . عقاراً أو منقولاً . لأن المادة لم تفرق بين الأمرين

٩٠٦ — ويرى مسيو دوهرس ان صعوبة تحصيل دين معترف به أو النزاع فى درجة مرتين رهنا عقارياً لا تعتبر حقوقاً متنازعة فيها — دوهرس فقرة ٤١ بيع ج ٤ ولكن بودرى يقول بأن النزاع فى درجة الرهن هو نزاع خطير الشأن . فعلى مرتبة الرهن تتوقف قيمته والخطر من النزاع بشأن مرتبة الدائن كالخطر من النزاع بشأن أصل الدين كما أن النزاع هنا وارد على بعض الحق والبعض كالكل ممنوع — « بودرى المطول فقرة ٢٦٤ »

٩٠٧ — يجب أن يكون النزاع فى الحق قائماً وقت البيع لهؤلاء الأشخاص

فإذا لم يثبت النزاع في الحق إلا بعد البيع أو رفعت به دعوى لم تكن متوقعة الحصول وقت التعاقد عليه فشرأوه صحيح فإن صحة النزاع في الحق تزول إذا انتهت الدعوى بحكم نهائي حائز لقوة الشيء المحكوم فيه . ولهذا يجوز للقضاة أن يشترخوا الحقوق والديون الناشئة عن هذا الحكم — دوهلس ٤٢ بيع ج ٤ . وحكم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ سنة ١٨ ص ٦٦ مختلط وجرائمولان فقرة ٤٥ كتاب العقود ٩٠٨ — وقد حكم بأنه إذا كانت الخصومة قد انتهت وصدر فيها حكم قطعي حائز للقوة النهائية وقت البيع فالبيع الصادر حينئذ لا يعد بيع حق متنازع فيه ومحرم على الوكيل في الدعوى

وعلى ذلك يكون العقد القاضى باعطاء شيء في صورة بيع لحام بعد الفصل في القضية مقابل الخدم التي قام بها لموكله عقداً صحيحاً

والنزاع الذي يكون ملحقاً بالخصومة أو مقترناً بها أو تالياً لها ويقدم من الغير باعتبار أنه متعلق لحقوق من الخصم الآخر يكون فصل فيها ضمناً لا يترتب عليه تغيير الحالة الموجودة وقت تحرير البيع ولا جعله بيع وشراء حق متنازع فيه — مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ سنة ١٨ ص ٦٦ فقرة ٤٣٥١ مجموعة ثانية

٩٠٩ — ويجب أيضاً أن يكون الأشخاص المنوعون من الشراء يؤدون وظائفهم في المحاكم المختصة بالنظر في الحق المتنازع فيه وقت البيع . فإذا اشتروا وهم تابعون لمحاكم أخرى ثم عينوا أو نقلوا للمحاكم المختصة بالنظر في النزاع كان شرأؤهم صحيحاً لأنه لتقدير صحة عقد أو بطلانه يجب النظر لوقت انعقاده

٩١٠ — وحكم شراء الحقوق المتنازع فيها هو البطلان الاصلى كما صرح به القانون لأن المقصود بالمنع أسباب متعلقة بالنظام العام . لهذا يجوز لأي شخص من ذوي الفائدة فيه كرب الدين أو المدين أو المشتري نفسه أن يطلب بطلانه كما يجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها (مادة ٢٥٧ فقرة ثانية أهلى ٢٢٥ مختلط)

وبالبطلان يلحق العقد سواء حصل الشراء بمعرفة الموظف مباشرة أو بالواسطة وسواء ورد على كل الحق أو بعضه

إذا حكم بالبطلان كان المشتري مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يكون لحق
المدين أو دائته . وعاد لكل ذى حق من رب الدين والمدين حقه . وجاز للمشتري
أن يسترد الثمن الذى كان دفعه

٩١١ — وهل شراء الدين المتنازع فيه بحسب المادة ٢٥٤ أهلى (٤٤٢ مختلط)
بواسطة الموظفين السالف ذكرهم ممنوع كسواء الحقوق المتنازع فيها السابق الكلام عليها ؟
فى الأمر شك لأن فكرة المضاربة أو الاستفادة غير موجودة بل الموظف هنا إنما
يشترى ليتقى ضرراً ربما يلحقه ولكن مذهب المؤلفين وأحكام القضاء فى أوروبا على
غير ذلك « دولس قرة ٤٣ بيع ج ٤ »

٩١٢ — إذا اتفق أحد المحامين مع خصم على أن يرفع له دعوى بحقه المتنازع
فيه ويتعهد بأن يصرف عليها ويياشر كل ما يلزم لها مقابل أخذ حصة معينة من
الحق المتنازع فيه بعد كسب الدعوى نظير أتعابه (١) فهل يدخل ذلك تحت حكم
المنع الوارد فى المادة ٢٥٧ أهلى أو لا يدخل ؟

شراء المحامى
لحصة من حق
متنازع فيه فى
مقابل أتعابه

ذهب بعض المؤلفين الى اعتبار هذا العقد باطلاً لأنه مبنى على مقصد (سبب)
غير جائز قانوناً . وخالفهم بودري قائلاً انه باطل بناء على نص المادة ١٥٩٧ التى تمنع
شراء الحقوق المتنازع فيها — لا بناء على أن المقصد غير جائز — واعترض على
أصحاب الرأى الأول بأنه لا يرى هذا العمل مشيناً اذا كان حاصلًا من أحد الافراد
اذ لا مانع بمنع الفرد من أن يتفق مع آخر على أخذ حصة من حقه بعد كسب الدعوى
فى نظير الاتفاق عليها . فمن المحتمل أن يكون صاحب الحق معسراً ويخشى ان هو
استدان وخسر دعواه تتراكم ديونه . ومن جهة أخرى فهذا الشخص أجنبى عن القضاء
ولا علاقة له به . فعلة المنع معدومة خصوصاً وان هذا الأجنبى قبل الاتفاق على
الدعوى مقابل أجر احتمالى لا يستحق إلا اذا حكم بكسب الدعوى . على أنه مما يؤيد
صحة هذه الاتفاقات أن المنع فى عهد القانون القديم لم يكن عاماً بل كانت الأوامر

(١) يسمى هذا الاتفاق باللغة الفرنسية *Pacte de quota-litis*

تحرم هذا التعهد على القضاة والمحامين فقط وهذا ما يفيد أن التعاقد كان جائزاً لغير
المنوعين منه ولو كان مبنى البطلان هو المقصد الغير المشروع لكان البطلان عاماً
وقد أخذت المحاكم الأهلية بمذهب المسيو بودرى

٩١٣ — ويقول بعضهم بأن المادة ١٥٩٧ فرنسي (٢٥٧ أهلي) لا تنطبق لأن
الاتفاق القاضى بأخذ حصة من الحق المتنازع فيه بعد كسب الدعوى ليس يبيع لفق
ركن الثمن وإنما هو وكالة بأجر أو عقد اجارة أشخاص وقد فند مسيو بودرى هذا
الرأى أيضاً قائلاً ان مثل هذا الاتفاق وان لم يكن بيعاً حقيقياً ولكنه عبارة عن تعهد
باعطاء عوض بدل أداء الدين وهذا التعهد يأخذ حكم البيع فهو على ذلك باطل . ألا
ترى أن الوكيل له حق في الأجر ولأدائه اليه يعطيه الموكل حصة مما كسبه من دعواه
قال مسيو دهلر أنه يرى من الصعب اعتبار مثل هذا الشرط شراء حق متنازع
فيه لأنه في بيع الحقوق يحل المحول اليه محل المحيل في حقوقه

ولكن في حالتنا يستمر المحامي في الدعوى بصفة وكيل والحوالة الصادرة اليه معلقة
على شرط كسب الدعوى فلا يحل أجلها إلا في الوقت الذي انقطعت فيه عن الحق
صفة التنازع ولهذا يجب القول بأن المسألة هي مسألة اشتراط أتعاب في صورة تحرمها
لوائح المحاماة^(١) ولكن الضرر منها في مصر أقل من سواها فان أتعاب المحاماة ولو
اتفق عليها مقدماً لا تمنع القاضى من النظر فيها وتقديرها بحسب ما يستصوب طبقاً
للقواعد الواردة في باب الوكالة — مادة ٥١٤ :

كذلك لا يصلح الاعتراض بأنه لو كان هذا التعاقد بيعاً لجاز للمشتري أن يدخل
في الدعوى مع أنها تستمر باسم صاحبها الأول وذلك لأن اخفاء التنازل لا يجعله صحيحاً
متى كان القانون يقضى ببطلانه فيستخلص مما تقدم أنه يحرم على الموظفين والمحامين
ومن نص عليهم القانون الشراء بهذه الكيفية ولكنه غير ممنوع على سواهم

(١) تحرم ذلك نقابة المحاماة امام المحاكم المختلطة فلا يجوز للمحامى اخذ حصة من الحق
المتنازع فيه مقابل اتعابه (راجع شرح قانون المرافعات لاوزينا بك صحيفة ٤٨ طبعة سنة ١٠٣٠)

٩١٤ — يقضى قرار مجلس النظار الصادر في ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٦ بمنع الموظفين ومستخدمى الحكومة من شراء أو استئجار أطيان فى دائرة توظيفهم والموظفون أو المستخدمون بالمصالح الأميرية الذين يخالفون حكم هذا المنع تجرى عليهم الأحكام التأديبية — مادة ٣

فى منع الشراء
اداريا

فالذى يترتب على هذا الشراء هو الجزاء التأديبى ولكن التبايع ليس باطلاً.
انظر أيضاً منشور مجلس النظار المؤرخ ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٦

٩١٥ — لا تجيز الشريعة الإسلامية للقاضى أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لا يجوز ولكنها أباحت للقاضى الشراء اذا كان لليتيم وصى وذلك لأن الشبهة تنقضى بين الاثنين

شريعة اسلامية

فى فقد أهلية الوكلاء الشرعيين والمختارين

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٩ مرشد — يجوز الأب الذى له ولاية على ولده الصغير أو الكبير الملحق به ان يبيع ماله لولده وان يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته وبغير يسير لا قاحش ولا يبرأ الأب فى الشراء من الثمن حتى ينصب القاضى لولده قima فيأخذ الثمن من الاب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضاً له بمجرد البيع حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه فضاءه على الأب
مادة ٢٧٠ مرشد الحيران — لا يجوز لأوصى المقام من قبل القاضى ان يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم من نفسه ولا ان يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه مطلقاً سواء كان ذلك خير لليتيم أم لا فلو اشترى هذا الوصى من القاضى او باع جاز

مادة ٢٧١ منه — لا يجوز للوصى المختار من قبل الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم ولا ان

قوانين مصرية

مادة ٢٥٨ اهلى — لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكلهم ان يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة

فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق
٣٢٧ مختلط — مطابقة لها

يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم الا اذا كان
في ذلك خير لليتيم والخيرية في العقار هو ان
يشتريه بضعف قيمته وان يبيعه اليتيم بنصف
قيمه والخيرية في المنقول ان يشتريه بثمان زائد
على قيمته بمقدار الثلث وان يبيعه اليه بثمان
ناقص عن قيمته بمقدار الثلث ايضاً

قانونه فرنساوى

مادة ١٥٩٦ فرنساوى — لا يجوز لمن
يأتى ذكرهم ان يشتروا بالمزاد سواء كان
بانفسهم او بواسطة غيرهم والا كان الشراء
باطلاً :

الاوصياء اذا اشتروا مال من هم تحت
وصايتهم

الوكلاء اذا اشتروا الاموال التى عهد اليهم بيعها

٩١٦ — هذا هو المبحث الثانى من أحوال المنع الخاص فقد حرم القانون على
الوكلاء الشرعيين كالأوصياء والقوام والوكلاء المختارين أن يشتروا المال المنوط بهم
بيعه بالصفة المذكورة فجعلهم غير أهل للشراء
المنع من شراء
المال المنوط
بالوكيل يبيعه

٩١٧ — وعلة ذلك ان الشارع رأى أن مصلحة الوكيل الشرعى أو المختار
ومصلحة من ينوب عنه متعارضتان والتوفيق بينهما محال . اذ رعاية مصلحة رب المال
تقتضى زيادة الثمن فى البيع ومصلحة وكيله الشخصية تقتضى اتقاصه فلو اجيز للوكيل
الشراء بصفة مطلقة ربما قدم مصلحته الشخصية على مصلحة موكله
لهذا حرم القانون على هؤلاء الوكلاء شراء ما كلفوا يبيعه

٩١٨ — ويلاحظ أن النهى وارد على الشراء فقط . وعلى شراء ما كلفوا يبيعه .

فاذا بيع شيء بغير وساطتهم جاز لهم شراؤه . وان النهى وارد على سبيل البيان
٩١٩ — ويختلف حكم هذه المادة عن القانون الفرنساوى فى أنها نهت عن
الشراء بصفة عامة ولم تقيد النهى بالشراء من المزاد . وأنها تميز البيع بتصديق المالك
متى كان أهلاً للبيع وقت التصديق

وورد النهى عن الشراء فقط دون البيع تقيلاً عن القانون الفرنساوى وهو نقص لا مبرر له فان العلة لا تزال قائمة بالنسبة للبيع . ألا ترى أن الوكيل الشرعى قد يطمع فى بيع ماله الردى ، بمن عال لمن ينوب عنه ولهذا قيد الفقهاء البيع فى هذه الحالة بقواعد خاصة تمنع الغبن وتحويل بين المطامع . ولقد سد بعض هذا النقص قانون المجلس الحسيى الصادر فى سنة ١٨٩٦ فقضت المادة ١٣ منه بعدم جواز بيع أو شراء عقار أو أطيان القاصر ومن فى حكمه الا باذن المجلس الحسيى . ولكن ذلك قاصر على الأموال الثابتة دون المنقولة — انظر كذلك قرة ٩٣٤ الآتية

٩٢٠ — فيما يتناوله المنع — يتناول المنع شراء العقار والمنقول اذا كان البيع اختياراً أو بالممارسة فاذا كان البيع جبراً بناء على طلب الدائنين فى الأمر تفصيل : اذا كان البيع واقعاً على مال موكل فاما أن يكون الوكيل منوطاً به يبعه أو غير منوط لأن الوكالة تعمم وتخصص بحسب ارادة الموكل . فاذا لم يكن منوطاً به يبعه جاز له شراؤه لأن وكالته قاصرة على ما وكل فيه والقانون لم يمنعه من الشراء فى هذه الحالة . مثال ذلك الوكيل العام لادارة الأموال فقط

اما اذا كان البيع الجبرى واقعاً على مال قاصر ومن فى حكمه فليس للوصى أو القيم أو الولى شراؤه لأنه نائب رب المال فى جميع أمواله وعليه رعاية مصلحته والسعى فى الاكثار من المزايد واتخاذ الاجراءات التى اجازها القانون بقصد رفع الضرر عن المدين المطلوب نزع ملكيته كطلب بيع جزء فقط من العقار اذا كان ثمنه كافياً لوفاء جميع الديون الواردة فى مادة ٥٥٧ مرافعات وطلب زيادة لصق الاعلانات . والسعى فى بيع المبيع على ذمة الرامى عليه المزايا اذا تأخر عن وفاء شروط البيع (مادة ٦٠٦ مرافعات) . وهكذا

ومتى كان الأمر كذلك كان النائب المذكور منوطاً به بيع العقار أيضاً وحرم عليه شراؤه لنفسه

٩٢١ — ولقد أخرج الشراح الفرنساويون من هذه القاعدة العامة حالة ما اذا

كان للنائب عن القاصر ومن في حكمه حقوقاً شرعية سابقة على انايته كأن كان شريكاً
بالمشاع مع القاصر او ذا دين مسجل على مال المحجور عليه فأجازوا للنائب في هذه
الحالة ان يشتري العقار لنفسه بناء على ان النائب اذا باع أموال من ينوب عنه فتما
يستعمل حقاً شرعياً مخولاً له . ولا يجوز ان يُجبر على البقاء على الشيوع ولا ان يُكره
على عدم المطالبة بدينه متى حل اجله . ومع ذلك فمصلحة هذا النائب تقتضى أن
يباع الشيء بثمن مرتفع سواء في حالة قسمة المشاع أو تحصيل الدين كما تقتضى ان
يشتري بنفسه خشية أن لا يقدم أحد على الزيادة فيباع بثمن بخس

واجازوا هذا الرأي سواء كان البيع بناء على طلب الوصى أو بناء على طلب أحد
الشركاء أو أحد الدائنين الآخرين — راجع بودرى المطول مقرة ٢٣٣

وعلى كل حال فالخطة مراعاة هنا فيما يتعلق بالقسمة

فقد أوجبت المادة ٤٥٦ مدنى أهلى تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال
متى كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف أو غائباً . ففي ذلك الوقاية الكافية
لحماية مال القاصر

٩٢٢ — ومنع الوكلاء (شرعيين او مختارين) من الشراء لا يمنع من تقريرهم
بزيادة عشر الثمن . الا انه لو رسا المزايدة عليهم فليس لهم شراؤه الا فى الأحوال التى
يسوغ فيها ذلك كما بينا وهى حالة عدم تكليفهم بالبيع أو حالة ترتيب حقوق شرعية
لهم سابقة على انايتهم

والحكمة من ذلك كما قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر بتاريخ ١٥ يوليو
سنة ١٨٨٦ ان التقرير بزيادة العشر مجرد اجراءات فى مصلحة القاصر فلا تعد شراء .
ومن المعلوم أن المحرم هو الشراء . وفى الواقع فانها لا تكسب المزايد حقاً عينياً على
العين المبيعة بل تؤدى لفتح باب المزايدة وقد يرسل العقار على شخص آخر خلاف
المزايد فيكون البيع له صحيحاً والقاصر ومن فى حكمه استفاد من هذه الزيادة

ويلاحظ أن القاصر طبعاً لا فائدة له فى طلب البطلان فى هذه الحالة لأن زيادة

العشر في مصلحته والراسى عليه المزداد الأول لا يجوز له أن يطلب البطلان تمسكاً بمادة ٢٥٨ التي نشرها لأن البطلان الذي تقرره نسبي لا يجوز لغير من ينتفع به (أى القاصر ومن في حكمه) أن يطلبه — راجع بودرى المطول فقرة ٢٣٤

٩٢٣ — هل يعتبر المشرف وكيلًا شرعياً يحرم عليه الشراء أولاً يحرم؟ —

حكم شراء
المشرف

المشرف في الواقع ليس بنائب عن القاصر لأن الوصي هو نائبه . أما المشرف ويسمى أيضاً الناظر فله مجرد حق مراقبة ادارة الاموال . اذ الأصل أن الوصي يتصرف في التركة بدون مراقبة أحد عليه إلا من له الولاية العامة وهذا اذا لم يقيم الموصي ناظراً على الوصي . فاذا أقام الموصي مشرفاً (ناظراً) على الوصي فلا يجوز للوصي أن يتصرف في التركة إلا باطلاعه ورأيه — انظر مادة ٤٤١ احوال شخصية وشرحها للشيخ زيد ص ٤٤١ وابن عابدين ص ٤٦٦ ج ٥

وبناء على ذلك لا يعد المشرف وكيلًا شرعياً ويجوز له الشراء . وقد فصل بعضهم فقال في حالة البيع الاختيارى ليس للمشرف أن يشتري لأن البيع لا يحصل إلا بعد اطلاعه ورأيه . أما في حالة البيع الجبرى فيجوز له الشراء

٩٢٤ — اذا عين للقاصر ومن في حكمه وصى خاص للبيع جاز للوصي الذى لم يكلف بالبيع أن يشتري لا تنفأ العلة المانعة

حكم شراء
الوصى الخاص

٩٢٥ — كذلك لا مانع بمنع الوكيل من أن يشتري شيئاً من أموال موكله لم يوكل في بيعها . أو وكل بإدارتها فقط ولم يوكل في التصرف فيها . لأن المنوط به البيع يكون في هذه الحالة غيره

فالقيم على محكوم عليه بعقوبة جنائية منوط بالادارة فقط فله الشراء بمراعاة القيود القانونية وهى الحصول على اذن المحكمة الاهلية به والآن كان التعهد ملغى من ذاته — مادة ٢٥ عقوبات فقرة رابعة

٩٢٦ — حكم هذا المنع وهو بطلان الشراء يسرى على حالة شراء الشيء بمعرفة الوكيل الشرعى أو المختار سواء كان الشراء مباشرة أو بالواسطة

المنع شامل
للشراء مباشرة
أو بالواسطة

فلا يجوز لأحد الوكلاء أن يسخر شخصاً يشتري في الظاهر باسمه ثم يبيع للوكيل

العين فيما بعد أو يشاركه فيها لأن ما لا يجوز عمله ظاهراً لا يجوز خفاء . كما لا يجوز لشخص أن يشتري عقاراً بالزاد ثم يقرر في اليوم التالي ان شراءه كان بطريق التوكيل عن هذا الموكل بالكيفية المينة في المادة ٥٧٦ مرافعات لأن الموكل لا يجوز له الشراء قانوناً . كذلك حكمت محكمة بوردو في فرنسا بإبطال شراء عقار اشتراه مدير شركة باسم شركته التي يديرها لأنه تعود عليه منفعة من هذا البيع الذي هو بيع بالواسطة بدل أن يكون بيعاً مباشرة

٩٢٧ — وعلى كل حال يجب لإبطال مثل هذا البيع اثبات التواطؤ . والاثبات جائز بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن .
ومجرد القرابة لا تكفي لإبطال البيع كشراء ابن الوكيل أو قريب الوصي بل لا بد أن تعزز بدليل آخر

كذلك لا يحرم على الوكيل الشرعي أو المختار أن يشتري فيما بعد الشيء المبيع من مشتريه اذا تبين أن الشراء لم يكن بتواطئ وأن الشخص لم يكن مسخراً
٩٢٨ — ولو جاز للوكيل أن يوكل من يشاء فلا يجوز له الشراء ممن وكله لأنه من المقرر أن شخص الوكيل كشخص الموكل فاعلة لا تزال قائمة — بوردو المطول
فقرة ٢٤١

والوكيل بالعمولة (القومسيونجي) حكمه حكم الوكيل المختار فليس له أن يشتري شيئاً لنفسه كلف بصفته المذكورة يبيعه
اما الوكيل الشرعي فيندمج فيه الوصي الشرعي كالأب والجد والوكيل عن الغائب لأنهم وكلاء شرعاً عن الصغير والغائب

كذلك وكيل التفليسة (أو الوكيل القضائي) فهو وكيل المفلس ونائبه في اجراءات البيع سواء حصل بالممارسة أو بالمزايدة ويكلف بأن يبيع بهذه الصفة بأمر مأمور التفليسة أو بنص القانون — راجع مواد ٢٧٦ و ٣٥٢ و ٣٧٤ من القانون التجاري

٩٢٩ — وناظر الوقف الذي له أن يبيع أو يستبدل في الأحوال الجائزة شرعاً

لا يجوز له أن يشتري لنفسه العقار الذي يتولى بيعه

٩٣٠ — كذلك ليس لمن قدمنا أن يأخذوا بالشفعة العقارات المكلفين ببيعها لأن الشفيع يحل من جهة محل المشتري فهو في الحقيقة مشترٍ جعل القانون له حق الأفضلية على المشتري الأصلي وإذا أجزله الأخذ بالشفعة فربما يتواطأ مع المشفوع منه ويبيع له بشروط مجحفة بمن ينوب عنه — دولس قرة ٦٢ بيع ج ٤

٩٣١ — فرقت الشريعة الإسلامية بين الأب والوصي من جهة وبين ما إذا كان الوصي وصياً مختاراً أو وصي القاضى . فأجازت للأب أن يشتري مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغيره يسيراً فاحش . ولكن في هذه الحالة لا يبرأ الأب عن الثمن حتى يرفع الأمر إلى القاضى فينصب وصياً ليسلمه الأب الثمن ثم يستلمه منه ليكون ضمن أموال ولده التى له عليها ولاية الحفظ والتصرف . وإنما احتج إلى إقامة الوصى بالصورة المتقدمة لئلا يلزم عليه أن الأب يصير قاضياً ومقتضياً في آن واحد ولدفع التهمة عن الأب . وهذا العقد يتم بمجرد قول الأب اشتريت هذا الشيء من ولدى لأن عبارته المذكورة تقوم مقام الإيجاب والقبول — انظر مادة ٢٦٩ مرشد الحيران و ٤٢٦ أحوال شخصية وشرحها للشيخ زيد ص ١٢٣ و ١٢٤

٩٣٢ — لا يجوز للوصى المختار أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم والخيرية في العقار هو أن يشتريه بضعف قيمته وفي المنقول أن يشتريه بثمان زائد على قيمته بمقدار الثلث — انظر مادة ٢٧١ مرشد الحيران و ٤٥٩ أحوال شخصية

وقد فسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وإن لم تكن على الثلثين والثلث فإذا اشترى ما يساوى ثمانية عشرة كان هذا العقد صحيحاً نافذاً وهو وجيه إذا الغرض من وجود الخيرية في هذا العقد دفع الشبهة عن الوصى وهى تحصل بما ذكر — انظر شرح الاحوال الشخصية للشيخ زيد ص ١٧٢

٩٣٣ — أما وصي القاضى فلا يجوز له شراء شيء لنفسه من مال اليتيم سواء كان ذلك خير لليتيم أو لا لأنه وكيل عن القاضى ففعله كفعله وفعل الموكل قضاءً وهو لا يقضى لنفسه

- ولكن لو اشترى هذا الوصى من القاضى جاز لا تنفأ الشبهة — انظر مادة ٢٧٠
- مرشد الحيران ٤٥٩ أحوال شخصية وشرحها للشيخ زيد من ١٧٣ وابن عابد بن ص ٤٦٨ ج ٥
- ٩٣٤ — يتبين مما تقدم أن نص المادة قاصر على الشراء فإذا حصل البيع من الوصى للقاصر أو من الأب لابنه فيرجع لحكم الشريعة الإسلامية لأن لهذه المسألة علاقة بالأهلية والأهلية تتبع فيها أحكام الشريعة التابع لها القاصر — انظر مادة ١٣٠ أهلى
- ٩٣٥ — إن الشراء فى هذه الأحوال باطل ولكن بطلانه نسبي فلا يجوز لغير حكم منع هذه البيع من تعود عليه منفعة من البطلان وهو رب المال أن يطلبه . وعلى ذلك ليس للمشتري أن يطلب البطلان بناء على أن القانون حرّم عليه الشراء وذلك لأنه خالف أمر القانون فليس له أن يتخذ من مخالفته سلاحاً يستعمله لمصلحته
- وحيث كان البطلان نسبياً فتلحقه الاجازة من رب المال متى كان أهلاً للتصرف وقت الاجازة . فإذا أفاق المجنون . أو بلغ الصبي . أو صدق الموكل . وهو أهل ولولم تفسخ الوكالة صح البيع
- وهذه الاجازة أما أن تكون صريحة كالكتابة أو ضمنية كتسليم العين المبيعة . والبطلان هنا نسبي بعكسه فى مادة ٢٥٧ السابق شرحها والخاصة بشراء القضاة ومساعدى القضاة فان البطلان أصلى يجوز لكل ذى فائدة أن يطلبه والاجازة لا تلحقه
- ٩٣٦ — ولكن التصديق على البيع يجعله نافذاً من تاريخ التصديق فقط لا من تاريخ الشراء . وأهمية ذلك تظهر فى حالة ما اذا اكتسب الغير حقّاً عينية على المبيع فى المدة التى تمضى من وقت الشراء الى وقت التصديق ولأن تصديق القاصر بعد بلوغه اذا رجع الى تاريخ الشراء فيرجع الى وقت لا تصح فيه الاجازة
- ٩٣٧ — لا تسقط دعوى البطلان إلا بمرور خمسة عشر سنة بحسب القواعد العامة وتبتدىء من تاريخ البيع بمراعاة ايقاف مريان المدة بالنسبة للقاصر

المبحث الثالث — فى منع المحجوز عليه من بيع ما حجز عليه من العقار بحسب أحكام القانون المختلط

٩٣٨ — نصت مادة ٦٠٨ مرافعات مختلط على عدم جواز بيع المدين العقار المحجوز عليه من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية والأى كان البيع باطلاً من نفسه بغير احتياج لصدور حكم به

وهو نص خاص بالقانون المختلط فلم يرد ذكره فى القانون الأهلى . على أنه مع ذلك ليس مؤدى هذا النص أن المدين المحجوز عليه يصبح غير حرّ فى تصرفه فى الأموال المحجوز عليها . لأن المدين بعد الحجز لا يزال مالكا للعين المحجوز عليها ولكن لا يجوز له بيعها اضراً بحق الحازين أو دائئهم — انظر بودان فقرة ٥٠ ص ٢٢ كتاب البيع والاجارة

وهذا البطلان نسبي يزول بزوال مصلحة الدائئين والحازين إذا أدبت اليهم ديونهم ٩٣٩ — والغرض من هذا النص هو فى الواقع تسهيل الدعوى البولسية وهى دعوى إبطال تصرفات المدين وليس الغرض منه حرمان المدين من أهلية التصرف فى العقار المحجوز عليه ولا جعل هذا المال من الأموال التى لا يباح التصرف فيها . وإنما رأى الشارع ان ترك الحرية للمدين فى البيع قد يضر بالدائئ لأن على الدائئ اذا حصل التصرف بمقابل أن يثبت تواطؤ المشتري مع المدين وسوء قصدهما للتوصل لإبطال التصرف المذكور أو يضطر لصرف مصاريف هو فى غنى عنها لتتبع العين إن كان له عليها رهن عقارى أو حق امتياز

٩٤٠ — فأراد القانون أن يتخذ تسجيل تنبيه نزع الملكية أساساً كافياً للعلائية وأن يجعله قرينة على تواطؤ المحجوز عليه والمشتري منه ولهذا اعتبر البيع الحاصل بينهما باطلاً

وهذا البطلان وان نص القانون على أنه يكون بغير حاجة لحكم إلا أنه بمجرد ايداع المبلغ المنصوص عليه في القانون يكون البيع نافذاً

وبديهي أنه لو كان البائع غير أهل للبيع أو الشيء غير مباح التصرف فيه لما كان مجرد الإيداع صحيحاً لبطلان البيع أو مزيلاً لمنع التصرف فيه

فمن مقتضى هذا النص ليس على الحاجز إذا حصل بيع ما حجز عليه أن يثبت تدليس المحجوز عليه واشتراك المشتري معه في التدليس . فالحجز يعتبر بتسجيل التنبية معلوماً لدى المشتري ومن ثم يكون شراؤه مظنة التواطؤ

ولهذا متى زال المانع بأن دفع المشتري المبلغ الذي يسدد دين ذوى الحقوق كان البيع صحيحاً نافذاً لأن الضرر الذي يلحق أرباب الديون قد ارتفع — بودرى المطول
فقرة ٢٧٩ ومادة ٦٠٨ م

٩٤١ — وهذه القاعدة يمكن تقريبها من قواعد الشريعة الإسلامية التي توقف بيع الشيء المرهون لتعلق حق الغير به ولا تجعله نافذاً إلا إذا قضى الدين —
« راجع مادة ٢٩٩ . مرشد الحيران »

٩٤٢ — قد يتوهم المطلع من نص الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ مختلط^(١) أن المراد من نص المادة
المراد بعبارة (يكون باطلاً بغير حاجة لحكم يصدر به) هو البطلان بحكم القانون واعتبار البيع بناء على ذلك غير منقذ . ولكن الحقيقة أن المراد هو أنه يجوز للحاجز أن يستمر في نزع الملكية صارفاً النظر عن هذا البيع الذي حصل من المحجوز

(١) مادة ٦٠٨ مختلط — لا يجوز للمدين من يوم تسجيل ورقة التنبية أن يبيع العقارات المينة في ورقة التنبية والا كان البيع باطلاً بغير احتياج لصدور حكم به ومع ذلك ينفذ البيع الصادر بهذه الصفة إذا أودع المشتري قبل اليوم المعين للمزاد مبلغاً كافياً للوفاء بأصل الدين وفوائده والمصاريف المستحقة للدائن الذي طلب البيع ولغيره من الدائنين الذين أعلنوا تنبيهاً للمدين بالوفاء أو لهم ديون مسجلة

ويشترط زيادة على ذلك أن يعلن المشتري للدائنين المذكورين محضر الإيداع وإذا كانت النقود التي أودعت في خزانة المحكمة مقترضة فالرهن الذي يحصل من اقراضها لا تعتبر درجته إلا بعد ديون الدائنين المسجلة إلى وقت البيع وإذا لم يحصل الإيداع قبل المزاد فلا يجوز لأي سبب كان إعطاء مهلة لاجرائه

عليه بعد الحجز ومتى طرح المبيع في المزاد ورسا مزاده على مشتر انتقلت اليه الملكية وفضل على المشتري من المحجوز عليه الذي لا يكسب حقاً قبله حتى ولو سجل عقده قبل ايقاع البيع في المزاد لأن البيع الصادر من المدين المحجوز عليه لا مفعول له قبل الحاجز والدائنين المرتهنين والرامي عليه المزاد فهو لا يوقف سير اجراءات الحجز ولا يعطل مفعوله . أما المدين والدائنون العاديون والمشتري فليس لهم أن يطعنوا في البيع المذكور . ويستفاد من ذلك أن البيع الصادر من المحجوز عليه قائم ومنعقد بالرغم من تعبير القانون بأنه يكون باطلاً . فينحصر المراد بطلانه في أن الحاجز لا يلتفت اليه ولا يترتب عليه ضرر للمشتري بالمراد والدوى الحقوق المسجلة وتنحصر صحته في أن المشتري ونفس المدين لا يجوز لهما الطعن فيه فاذا رفع الحجز سري مفعوله بين المتعاقدين المذكورين — راجع بودرى المطول فقرة ٢٨٠ وانظر حكم المختلط ١١ ابريل سنة ١٨٨٨ بورلى مادة ٦٠٨ مختلط

٩٤٣ — اذا دفع المشتري المبلغ الكافى لتسديد ديون الحاجز والدائنين المرتهنين فينقضى الحجز وتنعدم مصلحة هؤلاء الدائنين في ابطال البيع لارتفاع الضرر وحينئذ لا يحق لهم الطعن فيه والبيع ينتج اذن كل أحكامه ونتائج

في سقوط الحق في ابطال البيع

٩٤٤ — ويجب ايداع المبلغ بخزينة المحكمة واعلان محضر الايداع للحاجز والدائنين المرتهنين قبل يوم البيع ويجب أن يكون المبلغ كافياً للوفاء بأصل الدين والمصاريف المستحقة للدائن الحاجز حتى ولو كان دائناً عادياً والدائنين الذين سجلوا ديونهم حين يوم الايداع سواء حلت آجال ديونهم أو لم تحل

أما من لم يسجل دينه من الدائنين المذكورين حتى ولو كان دائناً مرتهناً فالمشتري غير مسئول عن ايداع قيمة دينه أخذاً بنص القانون — بودرى المطول فقرة ٢٨٠

الفرع الثاني - في بيع المريض مرض الموت

قوانين مصرية

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٤ أهلى - لا ينفذ البيع
الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض
الموت لأحد ورثته إلا إذا أجازوه باقى الورثة

٢٦٤ مرشد الحيران - بيع المريض فى
مرض موته لو ارثته موقوف على اجازة باقى
الورثة ولو كان بئمن المثل فان أجازوه جاز وان
لم يجيزوه بطل

٣٢٠ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٥٥ أهلى - يجوز الطعن فى
البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث
إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال
البائع

٢٦٥ منه - يجوز بيع المريض فى مرض
موته لغير وارثه بئمن المثل أو بئمن يسير ولا
يعد الدين اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين

مادة ٢٦٦ منه - إذا باع المريض فى مرض
موته لغير الوارث بئمن فاحش تقصا فى الثمن
فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله فان خرجت من ثلث
ماله بعد الدين بأن كان الثلث يبقى بها لزم البيع
وان كان الثلث لا يبقى بها بأن زادت عليه يخير
المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد على الثلث
لأكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع

٣٢١ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٥٦ أهلى - فإذا زادت قيمة
المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم
المشتري بناء على طلب الورثة إما بفسخ
المبيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من
ثلثى مال المتوفى وقت البيع والمشتري
المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين

مادة ٢٦٧ منه - إذا باع المريض لأجنبي
شيئا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان
مديونا بدين مستغرق لاله فلا تصح المحاباة
سواء أجازته الورثة أو لم يجيزوه ويخير المشتري
من قبل أصحاب الديون فان شاء بلغ المبيع تمام
القيمة والا فسخ البيع فان كان قد تصرف فى
المبيع قبل الفسخ تلزمه قيمته بالغة ما بلغت

٣٢٢ مختلط - مطابقة لها

قانونه فرنساوى

٢٢٣ مختلط - أحكام المادتين
السابقتين لا تكون مرعية إلا فى حق
البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية

ليس به مواد مقابلة لهذه

بمقتضى قواعد الشريعة المحلية

. وفي جميع الأحوال لا تضر أحكام
المادتين المذكورتين بحقوق أرباب الرهون
على المبيع ولا بحقوق من انتقلت اليهم
ملكية المبيع من المشتري بعوض متى
كانوا معتقدين صحة الرهن أو التملك

٩٤٥ — من أحوال الحجر الخاصة بالبيع منع القانون المريض مرض الموت من
التصرف في ماله بالبيع لوارث إلاً بإجازة باقى الورثة ولغير الوارث إلاً فى ثلث ماله
فهذا منع خاص سنين أحكامه فيما يلى . وللمريض أن يؤجر وأن يرهن فى مدة مرضه
لأن القانون لم يحرم ذلك وعلة التحريم منعدمة

٩٤٦ — وضع الشارع المصرى لبيع المريض فى القانون أحكاماً خاصة جرياً على
مبادئ الشريعة الإسلامية فقد قسم الفقهاء التصرفات الى تصرفات صادرة فى حال
الصحة وتصرفات حاصلة فى مرض الموت وتكلموا على أحكام كل منها
لهذا كان لا مندوحة لنا من الرجوع لأقوالهم حتى يسهل علينا استنباط الأحكام
الصحيحة المترتبة على بيع المريض فى القانون فنقول :

٩٤٧ — يقسم الفقهاء التصرفات فى هذا المقام الى تصرفات حاصلة فى حال
الصحة وتصرفات حاصلة فى حال المرض ثم يقسمون كل قسم من هذين الى
قسمين آخرين

أولاً — تصرفات منجزة

ثانياً — تصرفات مضافة الى ما بعد الموت

٩٤٨ — فالتصرفات المنجزة الصادرة فى حال الصحة نافذة من كل المال سواء
كانت لوارث أو لغير وارث بمقابل أو بغير مقابل (أى تصرفات معاوضة أو تصرفات تبرع)
أما التصرف المضاف الى ما بعد الموت وهو الوصية فان كانت لاجنبى فلا تنفذ

الا من الثلث ولو كانت في حال الصحة وان كانت لوارث فلا تنفذ الا بتصديق الورثة — ٥٥٩ و ٥٦٠ من الأحوال الشخصية وشرحها الشيخ زيد وابن عابدين ص ٤٥١ ج ٥) ٩٤٩ — أما التصرف في حال المرض فحكمه حكم الوصية فينفذ من ثلث المال تصرفات في حال المرض ان كان لاجنبي ولا ينفذ مطلقاً الا بتصديق الورثة ان كان لوارث . ما عدا الاقرار فله أحكام خاصة تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالاقرار الحكاية عن شيء ثابت في الماضي أو الغرض منه ابتداء تملك لوارث أو لغير وارث فان كان المقصود بالاقرار الاخبار عن شيء ثابت في الماضي وكان لأجنبي نفذ وان أحاط بجميع المال وذلك لانه في الحقيقة رجوع الى تصرف صادر في حال الصحة أما اذا كان الغرض منه ابتداء تملك فلا ينفذ بالنسبة للأجنبي الا من الثلث — « راجع مادة ٥٦٣ أحوال شخصية وشرحها الشيخ زيد وابن عابدين ج ٤ ص ٤٨١ » أما اذا كان الاقرار في المرض لوارث فلا يجوز الا بتصديق الورثة — « مادة ٥٦٤ أحوال شخصية »

٩٥٠ — يتلخص جميع ذلك في القاعدة الآتية
تصرفات الصحيح نافذة من كل المال الا الوصية فتنفذ من الثلث ان كانت لاجنبي ولا تنفذ الا بتصديق الورثة ان كانت لوارث
وتصرفات المريض نافذة من ثلث المال ان كانت لأجنبي لأن المريض أن يجازي غير الوارث او يتبرع له بقدر الثلث من ماله ولا تنفذ الا بإجازة الورثة ان كانت لوارث

وبعبارة أخصر حكمها حكم الوصية

٩٥١ — حكمة جعل تصرفات المريض كالوصية — الحكمة في ذلك هي منع حكمة ذلك المريض من ايثار بعض الورثة على بعض وضمان عدم تغيير الانصباء المقدرة لهم شرعاً واستبقاء جانب من التركة دفعاً لفقر الورثة واحتياجهم وذلك لأن في الإيثار وفي تفضيل بعض الورثة على بعض في الميراث أو حرمانهم

منه قطيعة للرحم ومجلبة للغيظ والحقن ومدة للتشفي والانتقام فدفعاً لذلك علق نفاذ التصرف للوارث على اجازة باقى الورثة

فلا اجازة دليل الرضا والرضا دافع للغيظ ناف للانتقام جاء فى الحديث الشريف (لا وصية لوارث الا ان يميز الورثة)

أما ضمان عدم تغيير الانصباء المقدرة شرعاً فسيبه الحديث الشريف (ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث)

وقصر تبرع المريض فى مرض موته على الثلث للأجنبى حتى لا يترك المريض ورثته فقراء عالة يتكفون الناس كما ورد فى حديث الوصية المشهور (الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكفون الناس)

٩٥٢ — يتلخص مما تقدم ان الحكمة هى مراعاة حقوق الورثة وليست كما يتوهم البعض عدم أهلية المريض مرض الموت للتصرف فى ماله كما يتصرف الصحيح لان المريض فى الحقيقة ونفس الأمر أهل للتصرف وقد يصدر التصرف وهو عاقل مميز وبرضاء صحيح لا يفسده تدليس ولا اكراه وانما يعتبر شرعاً غير نافذ فيما زاد عن الثلث ان كان التصرف لأجنبى كوصية او ما فى حكمها وبتصديق الورثة ان كان لوارث

والدليل على ان العلة هى مراعاة حقوق الورثة لا عدم أهلية المريض ان العلة التى أشرنا اليها تدور مع المعلوم وجوداً وعدمًا كما يستفاد من الدلائل الآتية

١ — قرر الفقهاء انه اذا لم يكن للمتصرف وارث كانت وصيته وما فى حكمها من عقود التبرع نافذة من جميع المال — ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣١ وشرح الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٢٧٤ و ٢٧٥

ولو كان عدم النفاذ مبنياً على عدم أهلية المريض لما تغير حكم التصرف تبعاً لوجود وعدم وجود الورثة

٢ — التصرف فى مرض يبرأ منه المريض ملحق بالصحة بمعنى ان تصرفه يكون صحيحاً من جميع المال

٣ — بيع المريض لأجنبي بمثل القيمة او يسير الغبن نافذ لازم وليس للورثة حق الاعتراض عليه (شرح الأحوال الشخصية ص ٣٢٢) بل وذهب الصحابان الى اجازة مثل هذا البيع اذا حصل لوارث ما دام انه بمثل القيمة ويقولان إنه لا حق لباقي الورثة في الاعتراض لاتفاء التهمة ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذي أخذهُ المورث عيناً أخرى مثل المبيعة — راجع شرح الاحوال الشخصية ص ٣٢٢ و ٣٢٣

أما الرأي الأول فهو رأي الامام وهو مبني على أنه لا يجوز البيع لوارث مطلقاً الا بتصديق باقي الورثة دفعاً لا يثار بعضهم بالأعيان

٤ — اقرار المريض لأجنبي متى كان حكاية عن شيء ثابت في الماضي صحيح وان أحاط بجميع المال (ابن عابدين ج ٤ ص ٤٨١ وشرح الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٣٢٨ وما بعدها) ولو كان المرض في ذاته يمنع الأهلية لما ثبت هذا الحكم صرح الفقهاء في بعض المواطن بما يتضمن ذلك فقد قرروا بأن اجازة المريض مرض الموت لتصرف تصرفه مورثه لأحد الورثة غير نافذ الا من الثلث لاجنبى وبتصديق الورثة لوارث حتى ولو كان المجيز بالغاً عاقلاً أى أهلاً للتصرف — « ابن عابدين جزء خامس ص ٤٣٤ »

كل ذلك يظهر ان العلة ليست عدم أهلية المريض بل مراعاة حقوق الورثة وهو ظاهر لانه من شروط صحة هذه التصرفات عند الشرعيين أيضاً ان تتوفر أركان انعقاده وشروط صحته ومنها الاهلية

دققنا في بيان هذه العلة لأن على تحقيقها يتوقف تعريف المرض تعريفاً صحيحاً كما يتوقف استنباط الأحكام المترتبة على التصرف في مرض الموت فانه اذا تبين أن المريض كان فاقداً لقواه العقلية طعن في تصرفه بأنه صدر بغير رضا صحيح منه وجاز ابطال العقد بأ كمله ان كان لغير وارث وهكذا تختلف أحكام البطلان لعدم الرضا عن البطلان لصدور العقد في مرض الموت

٩٥٣ — انا وان لم نر لهذا التقسيم شبيهاً في القوانين الأوروبية الا أن فكرة استبقاء نصيب معين للورثة لا يجوز للمريض التصرف فيه لوحظت عند بعض الشرائع الأجنبية فقد قرر الشارع الفرنسي وضع حد للتبرع والوصية واستبقاء فرض معين للورثة لا يجوز التصرف فيه . فنصت المادة ٩٠٣ فرنساوى على أنه لا يجوز التبرع ولا الايضاء بأزيد من نصف المال اذا ترك المورث وارثاً واحداً ولا بأزيد من ثلثه اذا ترك اثنين ولا بأزيد من رבעه اذا ترك ثلاثة فأكثر

كذلك خصصت الشريعة الالمانية فرضاً مقدراً بنصف نصيب الوارث في التركة باعتبار خلوها عن الوصية لا يجوز لرب المال التصرف فيه

وهناك شرائع أخرى كالشريعة الانجليزية وشريعة الولايات المتحدة وكندا وغيرها من البلدان تطلق حرية الوصاية للموصى فله أن يوصى بتركته كلها أو بعضها كما يشاء ويهوى بلا قيد وشرط

فالمسألة من المسائل المختلف عليها في الشرائع الأوروبية والظاهر أن تقييد الوصاية خير وأبقى من اطلاقها

ألا ترى ان الاقتصاديين بدأوا يحضون حتى على تقييد تصرفات المرء الصحيح استبقاء للعين تحت يده وبالتالي استبقاء لها لورثته بعد مماته

وما فكرة قانون الخمسة أفدنة في مصر وعدم جواز الحجز عليها الا مظهر من هذه المظاهر

كذلك قانون ملك العائلة بفرنسا القاضى بعدم جواز الحجز على الملك الذى يكتسب هذه الصفة بالطرق القانونية وعدم رهنه رهناً عقارياً أو بيعه بيعاً وقائياً — « انظر قانون ١٢ يولييه سنة ١٩٠٩ مادة ١٠ »

وعلق بيعه بيعاً عاماً على تصديق الزوجة أو على اذن مجلس العائلة ان كان للمالك ورثة قصر بشرط أن يكون فى البيع منفعة لهم — انظر مادة ١٠١ من القانون المذكور فذلك ظاهر فى أن الغرض هو مراعاة مصلحة الورثة وإینه وان كانت هناك

أسباب أخرى في الحقيقة باعثة على وضع القوانين القاضية بالحجر على تصرف السليم كعلة اتقاد المتصرف من مخالف المرايين إلا أن الفائدة في النهاية عائدة على الورثة

٩٥٤ — وقبل الكلام على البيع في مرض الموت يجب أن نلفت النظر الى أنه
مقارنة القانون
المصرى بالشريعة
الاسلامية
ينجى الباحث ان هناك فرقاً بين مذهب الشريعة الاسلامية ومذهب القانون المصرى
في بيع المريض مرض موت

ففي الشريعة الاسلامية لا يعد كل بيع في مرض الموت كالوصية في أحكامها بل
البيع الذي يأخذ حكمها هو البيع بالحباة وبعبارة أخرى بغير فاحش كأن يبيع المريض
ما يساوى ألفاً بخمسمائة فالقدر المحابى به (المغبون فيه) وهو الخمسمائة الباقية هي التي
تعد تبرعاً وتسرى عليها أحكام النفاذ وعدم النفاذ

أما القيمة المدفوعة من الثمن فخارجة عن هذه الأحكام

ولهذا كان البيع بمثل القيمة أو بيسير الغبن، لأجنبي نافذاً لازماً ولو تناول المبيع
كل ما للمريض كما قدمنا — راجع شرح الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٣٢٣ وابن عابدين
ج ٥ ص ٤٤٩ وما بعدها

٩٥٥ — والقواعد التي نص الفقهاء عليها في حالة البيع بالحباة هي :

ان كان القدر المحابى به أقل من ثلث المال أو مساوياً له كان جائزاً لأن المريض
أن يتبرع في مرض موته لغير وارث بثلث ماله ويكون التبرع نافذاً وان لم يجزه
الورثة — شرح الشيخ زيد ص ٣٢٤ احوال شخصية

أما ان زاد القدر المحابى به عن الثلث حكموا عليه حكمهم على الوصية
مثال ذلك أن يبيع المريض بيتاً لأجنبي بمائتي جنيه وقيمة البيت تساوى خمسمائة
فيكون قد حابه بثلثمائة جنيه فان كانت جميع أموال المريض تساوى ألف جنيه
فليس للورثة حق في الاعتراض على هذا العقد لان القدر المحابى به وهو الثلثمائة أقل
من ثلث أموال المريض

أما اذا كانت جميع أمواله تساوى ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض

على العقد لأنه في هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث اذ هو ثلثا ثلثا
وثلث أموال المريض مائتان فقط وحينئذ فاما أن يفسخ المشتري البيع ويسلم المبيع
الى الورثة ويستلم الثمن الذى دفعه واما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثمن الذى
هو أربع مائة جنيه وهذا طبعاً أحسن له كما هو ظاهر — راجع شرح مرشد الحيران ص ٣٢٤
٩٥٦ — أما القانون المصرى وان استمد أحكامه من الشريعة الاسلامية الا
انه قصر ما استمده على البيع فى مرض الموت وجعل حكمه كالوصية ولكنه لم يتكلم
على المسائل الأخرى كالأقرار والهبة وغيرها وعلى هذا يتبع فى شأنها الأحكام العامة
للقانون كما أنه لم يصرح بما اذا كان المقصود هو البيع بصفة عامة أو البيع الساتر لهبة
أو وصية

٩٥٧ — أما كونه اختار تقرير قواعد البيع فلأن فى ذلك موافقة لما ترمى اليه
الشرائع الأجنبية من استبقاء جانب من مال المورث لورثته وتقريرها فروضاً معينة
للورثة لا يجوز للمورث ان يتبرع او يوصى بها كما تقدم ومطابقة لأحكام الشرع لأنها
مسائل متعلقة بالمواريث وهذه يسرى فيها حكم الشريعة الاسلامية على الخاضعين لها
٩٥٨ — واما البحث فيما اذا كان الشارع المصرى اراد الحجر على التصرف
بالبيع اياً كان ولو بمقابل او اراد الحجر فى حالة البيع الساتر لهبة فقط فى المسألة وجهان :
الوجه الأول — ان أحكام بيع المريض تسرى على البيع مطلقاً سواء كان
حقيقياً أو ساتراً لهبة لأن اللفظ عام والعبارة مطلقة والكلام عليه وضع فى باب البيع
لا فى باب الهبة

الوجه الثانى — يصح القول بأن واضع القانون اراد البيع الساتر للهبة أى الذى
يحصل بغير مقابل لأنه استمد أحكامه من الشريعة الاسلامية والتشريع الفرنساوى
وكلاهما لا يحجر إلا على التصرفات التى فيها معنى التبرع

والقول بأنه لم يرد أن يخرج عن مقاصد الشريعتين قول صواب
يؤيد ذلك ما تجرى به العادة :

أولاً — من جعل عقود الهبة والوصية في صور عقود بيع وما قرره القانون من أن الهبة بعقد عرفي لا تكون صحيحة إلا إذا كانت موصوفة بصفة عقد آخر (راجع مادة ٤٨١ مدني) وأكثر العقود تعارفاً وشيوعاً هو البيع

ثانياً — وكون الشارع تكلم على بيع المريض في باب البيع لا ينهض دليلاً قاطعاً على أن مراده هو البيع الحقيقي لأنه من المقرر أن الهبة في صورة البيع لا تصح إلا إذا كان البيع في ظاهره صحيحاً شاملاً لجميع أركان انعقاده وشروط صحته فلو دل ظاهره على أنه هبة كالتنازل عن الثمن لاعتبر هبة محضة وبطل — راجع فقرة ٦٧٨ المقدمة وما بعدها

ثالثاً — كون العبارة مطلقة في البيع لا تصلح كذلك للدلالة قائماً تفيد بالعكس أن الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقاً آخر غير طريق الشريعة الإسلامية في اعتبار القدر الجائز للتبرع به وهو النظر للمبيع لا للثمن

فإن الشرعيين يعتبرون القدر المحابي به في الثمن هو الذي يأخذ حكم الوصية فأراد واضع القانون المصري أن يجعل المبيع هو الذي تسرى عليه هذه الأحكام فإن كان البيع لأجنبي يخرج من ثلث التركة نفذ والآن جاز للبائع أن يلزم المشتري بفسخه أو برد قيمة ما نقص من ثلثي مال المتوفي

وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل وموافقة لمذهبه في الهبة الموصوفة ببيع فإن من الصعب معرفة القدر المتبرع به إذا أقر البائع في عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة بإثبات ذلك بشهادة الشهود لأن فيه مخالفة لقواعد الإثبات

رابعاً — إن جعل بيع المريض غير نافذ إلا في البيع بطريق التبرع تأييد لمبدأ استقرار المعاملات الحقيقية التي لا يقصد بها مخالفة أحكام الميراث ولا تفضيل بعض الورثة فإن البيع الحقيقي يمثل القيمة لا يضيع عليهم شيئاً غاية الأمر أن العين استبدلت بمال

خامساً — نص المادة ٢٥٦ يساعد على ترجيح هذا الرأي فقد قررت المادة المشار إليها أنه إذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشتري إما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما تقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع . ومن المقرر أن الدفع قد يكون عيناً أو نقداً

وبديهي أن الشارع لو كان قصد البيع الحقيقي الذي يدفع فيه الثمن لما أورد هذا النص لأن دفع الثمن بأكمله يشمل دفع ما تقص من ثلثي مال المتوفى وقت البيع نقداً وغير مقبول عدلاً أو قانوناً أن يكون القانون أراد الزام المشتري بدفع فرق قيمة ثلثي التركة مرة ثانية لأنه يكون الزام بلا سبب موجب

فالمسألة كما ترى هامة وقد اختلفت فيها الشراح^(١) أما المحاكم فهي أميل للرأي الثاني وجرت على اعتبار البيع الذي يحصل في مرض الموت بعوض المثل صحيحاً ولو شمل كل مال المريض غير أن محكمة الاستئناف لم تتفق في تعليل رأيها فذهب بعضهم الى هذا الرأي بطريق القياس مشبهاً حق الورثة على تركة المورث بحق الدائن على أموال مدينه كما قررت ذلك محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في أول ابريل سنة ١٩١١ فقد قررت ما يأتي :

« يكون للورثة بمقتضى المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ مدني الخاصتين بالبيع الحاصل في مرض موت المورث لغير وارث له بالنسبة لثلثي تركة مورثهم حق يشابه حق الدائن على أموال مدينه الذي يمكنه بمقتضاه أن يظل تصرفات مدينه التي تحصل اضراراً بحقوقه وعلى ذلك اذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال المورث وقت البيع فلا يمكن للورثة أن يطلبوا تطبيق المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ مدني الا اذا أثبتوا أن البيع الحاصل من مورثهم لم يكن بيعاً حقيقياً بثمن مقبول وأنه في هذه الحالة يعتبر وصية فاذا ظهر أن ما حصل من المورث كان بيعاً حقيقياً بثمن مقبول فلا يمكن للورثة أن يحتجوا بالمادتين المذكورتين توصلأً لالغاء البيع »

(١) راجع كتاب فتحي باشا زغلول ص ٢٢٨

ولكننا نرى أن الرجوع في التعليل الى مأخذ القانون ومصدره وهي أحكام الشريعة الإسلامية خير طريق للاستنتاج والاستنباط كما جرت على ذلك محكمة الاستئناف في حكمها الصادر في ١٤ ابريل سنة ١٩١٤ (شرائع عدد ٨ س ١) واليك حيثياته :

« حيث إن مرض الموت ليس من أسباب الحجر بالمعنى الأعم كالصبا والجنون فتصرفات المريض مرض الموت صحيحة الى آخر لحظة من الحياة مادام أنه بالغ عاقل غير محجور عليه لسفه

وحيث إنه على حسب الشرع الشريف ليس للانسان أن يتبرع في الصحة أو في المرض بأكثر من ثلث ماله بطريق الوصية ولا في مرض الموت بطريق ما هو معتبر كالوصية مثل الهبة والوقف والمحابة في البيع أو غيره من العقود لأن ما عدا الثلث حق للورثة — ٥٦٠ و ٥٦١ من كتاب الاحوال الشخصية

وحيث إنه على حسب الشرع أيضاً حق الورثة يتبدى أن يتعلق بثأى مال المورث بابتداء مرض الموت . لكن لما كان مرض الموت لا يعرف إلا بالموت كانت جميع تصرفات المريض الانشائية المنجزة نافذة في أوقاتها سواء التي منها بغير عوض والتي منها بعوض وسواء التي تزيد في الحالة الأولى على الثلث والتي لا تزيد وليس لأحد أن يطعن في هذه التصرفات مادام المورث على قيد الحياة

وحيث إنه اذا مات المورث في المرض الذي حصلت فيه التصرفات لغير وارث فما يكون منها حاصلًا بعوض المثل لا يمكن الطعن فيه لان العوض قد حل محل المعوض فلم ينقص مال المورث شيئاً . أما ما يكون منها بغير عوض أو بعوض أقل من المعوض فهذه يرجع فيها القهقرى ويبحث في مثل البيع عن قيمة ما حصل فيه محابة المورث البائع للمشتري وقت البيع فان كانت لا تزيد عن ثلث مال المورث لا يمكن للورثة أن يطعنوا في هذا البيع لان الطعن لم يخول لهم الا لصيانة حقهم وحقهم وهو الثلثان لم يمس واذا زادت على الثلث فللورثة الطعن في البيع بقدر ما

يصلون الى ثلثي المال فقط فيخير المشتري بين دفع الزائد على الثلث وبين فسخ البيع (٣٩٤ من المجلة) وهذا كله في حالة ما يكون الميراث حاصلًا بموجب الشريعة الغراء كما هو ظاهر المادة ٣٢٣ من القانون المدني المختلط أيضاً

وحيث ظاهر من ذلك ومن عبارات المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من القانون المدني أن محل تطبيق هاتين المادتين إنما هو في حالة المحاباة في بيع المريض مرض الموت لغير وارث تكون فيه القيمة المحابى بها زائدة على ثلث مال المورث وقت البيع وحيث إنه على فرض أن البيع المطعون فيه حصل في مرض الموت ليس هذا البيع مما تنطبق عليه المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦ المذكورتان لان البائعة كانت وقت البيع بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه والمشتريه غير وارثة لها ولأن البيع حصل بثمن المثل قبضته البائعة فهو صحيح ولو كان صدوره في مرض الموت »

٩٥٩ — اقتصر القانون المصرى على ذكر مرض الموت وأحكام التصرف فيه بدون تعريف ذلك المرض فوجب حينئذ الرجوع في تعريفه الى الشريعة الاسلامية المأخوذ عنها أحكام البيع في مرض الموت

في تعريف
مرض الموت

والتعريف الممول عليه عند الفقهاء في مرض الموت هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ان كان من الذكور وداخله ان كان من الإناث ويكون الغالب فيه موت المريض

فأركان مرض الموت اثنان سواء كان المريض ذكراً أو أنثى

أولاً — غلبة الهلاك من المرض

ثانياً — العجز عن القيام بالمصالح

والركن الأول هو المميز في الحقيقة لمرض الموت فقد يمرض الشخص ولكن لا يغلب عليه الهلاك من المرض مع أنه عاجز عن القيام بمصالحه كما اذا أصيب برمد أو كسر رجل أو غير ذلك من الأمراض التى تدعو المريض لملازمة الفراش دون أن يتسبب عنها غالباً الموت وحينئذ لا يعد مريضاً مرض موت لا تتفاء غلبة الهلاك

٩٦٠ — قد يلحق تصرف بعض الأصحاء بتصرف المريض في الحكم وذلك
إذا كان هؤلاء الأصحاء في حالة يخشى عليهم الهلاك فيها غالباً كوجود شخص في
سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها أو غرقت بالفعل أو الحكم على شخص
بالاعدام فإن تصرف الشخص في هذه الحالة يعتبر كتصرف المريض مرض الموت

٩٦١ — ميزت الشريعة الإسلامية بين الأمراض المزمنة والغير المزمنة

في العلل
والأمراض
المزمنة

٩٦٢ — فالأمراض الغير المزمنة هي التي لا تستمر طويلاً كالتييفوس والكوليرا
والطاعون ومن مرض بها يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد : فإذا تصرف مريض بهذا
المرض ينظر ان صح من مرضه سرت عليه أحكام الأصحاء وان مات سرت عليه
أحكام المرض — شرح الشيخ زيد للأحوال الشخصية ص ٣١٥

٩٦٣ — والأمراض المزمنة هي التي تمتد زمناً طويلاً كالسل والفالج فإذا تصرف
مريض بأحد هذه الأمراض اختلفت الأقوال فيما إذا كان يعتبر صحيحاً تسرى على
تصرفاته أحكام الأصحاء أو مريضاً مرض الموت

٩٦٤ — قال بعضهم إذا كان ما به يزداد فالغالب عليه الهلاك ويعتبر مريضاً
مرض موت وإن لم يزداد اعتبر صحيحاً

٩٦٥ — وقال بعضهم ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض مرض الموت وإن كان
يرجى برؤه اعتبر صحيحاً

٩٦٦ — وبعضهم يقول لو طال المرض وصار بحال لا يخشى منه الموت اعتبر
المريض صحيحاً ولكن اختلف أصحاب هذا الرأي في حد التطاول : فقال بعضهم
يعتبر بسنة وبعضهم قال يعتبر العرف بالنسبة للمدة ان كان العرف يعتبر المدة تطاولاً
فتطاول وإلا فلا — ابن عابدين جزء خامس ص ٤٣٦

٩٦٧ — وبعضهم يقول ان من لم يلزم فراشه فهو صحيح وإلا اعتبر مريضاً

٩٦٨ — وقد رجح بعض الشارحين الرأي القائل بأنه ما دام يزداد ما بالمصاب

من العلة فحكمه كالمرض

فان قدمت العلة بأن تطاولت منه ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في حال المريض بحيث لا يخشى الموت منه تعتبر تصرفات المريض بعد السنة كتصرفات الصحيح — راجع شرح الأحوال الشخصية للشيخ زيد ص ٣١٦

وعلة ذلك أن المرض اذا طال ولم يخش منه الموت صار مرضاً مزمناً لا قاتلاً ويشترط في مرض الموت أن يكون قاتلاً — مستفاد من ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٧
٩٦٨ — وقد جرت محكمة الاستئناف الأهلية في بعض أحكامها على هذا الرأي « راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الرقم ٨ مايو سنة ٩٠٧ بمجموعة رسمية سنة تاسعة عدد ٩٩ ص ٢٢٧ »

٩٦٩ — ويجب أن يكون الرابط لهذا الرأي هو عدم تغيير حالة المريض أثناء السنة بحيث لا تسوء حالته فيصبح الموت غالباً عليها لأنه اذا طال المرض وكان خوف الموت دائماً غالباً فان التصرف في هذه الحالة يعتبر تصرفاً في مرض الموت ولو زاد عن السنة

وبتعبير آخر لا ينظر فيه لزمان معين وذلك لأن قرينة التصرف لأثار بعض الورثة متعينة في هذه الحالة وهذا الرأي موافق لآراء الشرعيين وأحكام المحاكم جاء بابن عابدين ما يأتي : اذا طال المرض وخيف الموت فالتصرف يعتبر في مرض الموت — جزء خامس ص ٤٣٧

٩٧٠ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية بحكمها الرقم ٦ فبراير سنة ١٩١٢ « بمجموعة رسمية سنة ١٣ عدد ٨٦ ص ١٧٣ ما يأتي :

يعتبر المرض مرض موت طبقاً للمادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ مدني ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة اذا كان قد أخذ دائماً في الازدياد لغاية الوفاة ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في بحر هذه المدة من شأنه إيقاف سيره البطيء المستمر .
ومعنى ذلك أن تحديد المرض بسنة ليس تحديداً تحميمياً بل يجب أن ينظر فيه للأحوال والظروف

٩٧١ — ويستخلص من كل ذلك أن تصرفات المريض بعد مضي سنة على

مرضه الذي لم يشتد ولم يتغير تعتبر صحيحة كأنها صادرة من صحيح — راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الرقم ١٧ يناير سنة ١٩١٢ ص ٧٠ عدد ٣٦ مجموعة رسمية سنة ١٣ فاذا اشتد المرض وخيف الموت كان التصرف تصرف مريض ولو مضى عليه من تاريخ حصوله أكثر من سنة

٩٧٢ — والشيخوخة لا تعد من الأمراض المبطلات للتصرفات ما دام العقل سليماً « الاستقلال عدد ٤٤ سنة ٦ »

٩٧٣ أما اذا ثبت أن البائع بسبب شيخوخته وضعف صحته من مدة زمانية كان غير أهل للتعاقد كانت العقود الصادرة منه في ذلك الحين باطلة

ويعتبر اذن الشاري واضعاً يده على الشيء المبيع بسوء نية لعلمه بالعيب الموجود بالعقد التمسك هو به — الاستئناف ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣

٩٧٤ — يلحق بالأصحاء أصحاب الأمراض المزمنة التي لا تعد قاتلة ولا يغلب فيها الهلاك ومن كانوا مرضى ثم برئوا من مرضهم — راجع مادة ٥٦١ أحوال شخصية ٩٧٥ — ويستخلص من كل ذلك أنه متى كان الشخص في حالة يغلب عليه الهلاك فيها سواء كان مريضاً أو واقعاً في حالة خطيرة يخشى منها الهلاك غالباً وتصرف في ماله ثم مات يحكم على تصرفه بأنه صادر وهو مريض مرض الموت أو وهو ملحق به وتجرى عليه الأحكام المناسبة لذلك — راجع شرح الشيخ زيد للأحوال الشخصية ص ٣١٥

٢٧٦ — ولا يشترط أن يكون المريض مرض الموت صاحب فراش وإنما الشرط اللازم هو غلبة الموت — ابن عابدين ص ٤٣٧ ج ٥

وهذا الرأي صائب لأن غلبة الموت هي التي تبعث على التصرف ودنو الأجل هو الذي يجعل المريض سهل الاستمالة سريع التأثير بعيداً عن التعلق بأمور الدنيا لا المرض في ذاته كما قدمنا

٩٧٧ — وحيث علمنا من هو الصحيح والملحق به ومن هو المريض والملحق به فلتسكلم على تصرفات كل فريق من حيث البيع فنقول

٩٧٨ — بيع الشخص السليم . أو المعتبر كذلك أى الذى به مرض لا يعتبر
فى بيع الصحيح مرض موت . ومن كان مريضاً ثم برئ من مرضه ينفذ من جميع ماله متى كان العقد
صحيحاً فى ذاته لا يفسده عيب من عيوب الرضا ولا ينقصه ركن انعقاد أو شرط
صحة كالإكراه أو عدم الأهلية وغيرها — راجع أيضاً شرح الشيخ زيد فى الاحوال
الشخصية مادة ٥٥٩

٩٧٩ — أما بيع المريض مرض موت أو الملحق بالمريض مرض موت فينظر
فى بيع المريض مرض موت
إذا كان البيع لوarith أو لغير وارث

٩٨٠ — فإذا كان البيع لوarith فلا ينفذ إلا إذا أجاز به باقى الورثة (مادة ٢٥٤)
وعلة ذلك هى عدم إثارة بعض الورثة على بعض ودفع العداوة والبغضاء التى تنشأ
بسبب ذلك خصوصاً وأنه كثيراً ما يتفق أن الزوج يتزوج بزوجة أخرى فتسعى
فى حرمان أولاد المريض من ضرتهما أو تنقص انصباؤهم وأكثر ما يكون الانسان
مستعداً لقبول ذلك وهو مريض مرض الموت الذى يشعر فيه بقرب مفارقتة الحياة
وتركه المال

٩٨١ — أما إذا كان البيع لغير وارث فهو نافذ إذا كانت قيمته لا تتجاوز ثلث
المبيع (مادة ٢٥٥)

فإذا باع المريض يثماً تساوى قيمته ألف جنيه وكانت جميع أمواله تساوى ثلاثة
آلاف كان البيع صحيحاً نافذاً لا يجوز الطعن فيه لحصوله فى المرض وإنما يجوز
الطعن فيه بالأوجه المبطله أو المفسدة لسائر العقود ولو كانت فى حالة الصحة
وفى هذا دليل على أن واضع القانون لم يرد أن يزيد وجهاً من أوجه البطلان
ولا عد المرض فى ذاته عدم أهلية مستوجبة للبطلان وهو موافق لمذهب الشريعة اذ
فى المثال السابق عدت الصفقة باكملها صحيحة ولو كانت قيمة البيت ألفاً ومائتى جنيه
لما جاز الطعن إلا فى القدر الزائد

٩٨٢ — والحد الفاصل بين مرض الموت والصحة هو التاريخ الذى يعتبر فيه

المرض مرض موت بحسب التعريف المول عليه اى الذى يخشى فيه الهلاك غالباً في الحد الفاصل بين الصحة والمرض ويتفرع على هذا أن مجرد وجود أعراض المرض لا تكفى لاعتبار التصرف صادراً في مرض الموت فقد يصاب الشخص بأعراض مرض كالسل ولكن لا تشتد حالته ولا يخشى منه الموت إلا بعد زمن طويل . كذلك يولد الشخص مقعداً أو مصاباً بمرض وراثي لا تسوء معه حالة المريض إلا بعد سنين عديدة . فاذا تصرف أحد هؤلاء قبل اشتداد المرض شدة يعتبر معها مرض موت فتصرفه صحيح

وهذا الرأي موافق للشريعة الغراء فقد اعتبرت التصرف صحيحاً اذا مضت سنة على تاريخ العقد ولم تتغير فيها حالة المريض

والحكمة من ذلك أن التصرف الحاصل في بدء ظهور أعراض المرض المستطيل لا تدعو للريبة ولا تحمل على الظن بأن المتصرف قصد الاضرار بالورثة أو تفضيل بعضهم على بعض أو حرمان البعض خلافاً لقواعد الميراث الشرعية وعلى هذا اذا ثبت أن التصرف حصل قبل اعتبار المرض مرضاً قاتلاً فهو تصرف في حال الصحة

وان ثبت أنه من تاريخ اعتبار المرض مميتاً سرت عليه أحكام التصرف في مرض الموت

في طرق
الاثبات

٩٨٣ — وتبوع في اثبات مرض الموت جميع الطرق القانونية والمكلف بالاثبات هو الوارث الذى يدعى حصول التصرف في مرض الموت ويطلب عدم فقاذه لأنه مدع — قارن حكم محكمة الاستئناف الاهلية الرقم ٨ مايو سنة ١٩٠٧ عدد ٩٩ مجموعة سنة ٩ ص ٢٢٧

٩٨٤ — وقد حكم بجواز اثبات مرض الموت بالينة (القضاء ٦ ص ٢٣٧ حكم الاستئناف ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٩) . وعلى هذا يجوز الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد على الشهادات المحررة منهم

٩٨٥ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية في نفس الحكم بأن الشك في

العقد الحاصل في مرض الموت يكفي لإبطاله مراعاة لمصلحة الورثة إلا إذا أجازوه هم ومعنى هذا إذا كانت المحكمة في شك من أن العقد حصل في مرض الموت أو في حال الصحة ولم يقدّم لها دليل قاطع على إحدى الحالتين رجحت صدوره في مرض الموت . وهذا رأى صائب لانه رجوع للأصل

٩٨٦ — وعلى هذا النحو حكمت محكمة الاستئناف الأهلية في أول فبراير سنة ٩١٠ عدد ١٠٨ مجموعة سنة ١١ بأن عقد البيع المحرر بخط المشتري ولم يشهد عليه أحد ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين يعتبر كأنه عمل في مرض الموت ولو كان تاريخ تحريره قبل ذلك بثمانية أشهر

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن المحكمة لم تعول على التاريخ العرفي لعدم تنفيذ العقد من التاريخ المذكور ولعدم وجود أثره في الدفاتر واستتجت من ذلك أنه محرر في مرض الموت. قرب عهد الوفاة خصوصاً وأنه كان مكتوباً بخط المشتري وخالياً من الشهود

٩٨٧ — وحكم بأنه على الوارث الذي يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لأحد الورثة لحصوله في مرض الموت ان يثبت أن هذا المورث الذي مات بمرض كالسرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة — محكمة الاستئناف ٨ مايو سنة ١٩٠٧ عدد ٩٩ مجموعة رسمية

ويشير الحكم إلى الرأى الشرعى القائل بأن التصرف الحاصل من المريض يعتبر صحيحاً إذا طال مرضه بعد صدور العقد أكثر من سنة لا أن التصرف من المريض الذى طال مرضه سنة فأكثر يكون صحيحاً ولو كان قبل موته بيضعة أشهر ٩٨٨ — وليس للوارث أن يحتج بعدم تسجيل العقد بل يجب عليه الاذعان

لكل ما هو محرر من مورثه ما لم يثبت بطريقة أكيدة أنه عمل للاضرار به — « حيثيات حكم محكمة الاستئناف الرقم أول ابريل سنة ١٩١١ عدد ٩٦ سنة ١٢ مجموعة رسمية ومادة ٢٦٦ مدنى فقرة أولى »

٩٨٩ — وهنا يجب التنويه الى أن أحكام هذا الباب لا تكون مرعية إلا في

حق البائع الذي يحكم في أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية مادة ٣٢٣ في انطباق هذه
مختلط فقرة أولى

الأحكام على
الوطنين فقط

وعلى هذا لا تسرى هذه الأحكام قبل البائع إذا كان أجنبياً لأنها متعلقة
بمسائل المواريث وهذه يحكم فيها بحسب ملة كل شخص — راجع جرانمولان فقرة
٣٠ ص ١١ كتاب العقود

٩٩٠ — وقد رتب القانون المختلط على ذلك أن أحكام المواد ٣٢٠ و ٣٢١ و
٣٢٢ منه لا تضر بحقوق المرتهنين للمبيع ولا من انتقلت اليهم ملكيته من المشتري
متى كانوا معتقدين صحة الرهن أو التملك وبعبارة أخرى متى كسبوا هذه الحقوق
بحسن قصد ونية سليمة — مادة ٣٢٣ فقرة ثانية

٩٩١ — وذلك تطبيق للمبدأ العام الذي قرره الشارع في المادة ٧٨ مختلط ومقتضاه
أن الأحكام المتعلقة بفسخ ملكية الأموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب
أو الموصى حد النصاب أو عدم إبقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نجو ذلك
لا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الأموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى
إليه ولا بحقوق الدائنين المرتهنين إذا كان التملك حصل اليهم وهم معتقدون صحة
ملكيتهم وتصرفه وقد عُلل ذلك مسيو جرانمولان بأن هذا النص لا بد منه تأييداً للثقة
العقارية — راجع فقرة ٣٠ ص ١٢ من كتابه

٩٩٢ — وحيث فرق القانون بين البيع لوارث ولغير وارث فهناك فائدة ظاهرة في تحديد صفة
الوارث ووقته
في تحديد صفة الوارث والغير الوارث والوقت الذي تعتبر فيه هذه الصفة أهو وقت
البيع أم وقت وفاة البائع في مرض الموت

٩٩٣ — أما تحديد صفة الوارث وغير الوارث فهذا أمر يرجع فيه للشريعة
الإسلامية لمن كان خاضعاً لها — مادة ٥٤ أهلى و ٧٧ مختلط

٩٩٤ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية في ١٥ ابريل سنة ١٩١٢ عدد ١٠٦
مجموعة رسمية سنة ١٣ بأنه إذا أوصى شخص لأخضاده بمقدار نصيب والدهم المتوفى في

تركته فلهم وقد حلوا محل أبيهم حق الطعن في البيع الصادر من جدهم لباقي أولاده باعتبارهم (كورثة) طبقاً للمادة ٣٥٤ مدني

وقد ألفت محكمة الاستئناف بهذا الحكم حكم المحكمة الابتدائية القاضي باعتبار أولاد الإبن المتوفى موصى لهم لا وريثة وباعتبار البيع الصادر من الجد عدول عن الإيصاء في المقدار المبيع

والظاهر أن رأى المحكمة الابتدائية موافق للبادئ الشرعية لانه لا نزاع في أن ابن الابن لا يرث مع وجود الابن اذ الابن يحجب ابن الابن (راجع مادة ٦٢١ من كتاب الاحوال الشخصية) ولهذا يلجأ الأجداد للوصية فهي الدواء الوحيد لعدم حرمان احفادهم من الميراث

فالقول بأنهم يعتبرون كورثة غير وجيه . على أن التمسك به لا يكون في مصلحة الاحفاد لأنه لو أخذ به لما كان للوصية اعتبار اذ لا وصية لو ارث . وعلى هذا يرجح الرأى القائل بأنهم لا يعتبرون وريثة

وحيث إن ما قرره المحكمة من أنه يجوز لورثة أى شخص أن يطلوا وصية مورثهم ويسلبوا من الموصى اليه ما أراد أن يعطيه اليه اذ يكفى لأحدهم أن يتهمز فرصة مرضه قبل موته ويأخذ منه مبايعة بعقاراته ومنقولاته كلها أو بعضها ثم يتفق مع باقى الورثة على أجازة ذلك العقد الباطل قول غير مبنى على أساس لانه من المقرر أن للموصى أن يرجع في وصيته . والرجوع يكون بالقول او الفعل . أى صراحة او ضمناً

كذلك قالت محكمة الاستئناف بأن البيع الحاصل في مرض الموت لأحد الورثة باطل في الأصل ولا ينفذ الا اذا أجاز به باقى الورثة وان العقد الباطل لا يكون له معنى أو تأثيراً وعلى هذا لا يفيد العدول عن الوصية قول غير صحيح لان البيع ينقذ عند الشرعيين صحيحاً غير أنه لا ينفذ الا بأجازة الورثة ولذلك قرروا بأن للوارث أن يأخذ نصيبه ثم لا يرده الا بعد الموت . وهذا هو ما يستفاد من صريح المادة ٢٥٤

٩٩٥ — أما مزية اعتبار المشتري من المريض مرض الموت وارثاً وقت البيع أو وقت الموت فهي أنه إذا اعتبرت صفة الوارث وقت البيع وكان البيع لغير وارث والمبيع يخرج من ثلث التركة كان البيع نافذاً بلا اذن الورثة ولو صار المشتري وارثاً عند الموت وحينئذٍ يسلم له المبيع بأكمله ثم يزاحم الورثة أيضاً في نصيبه كاملاً في الثلثين الباقيين

أما إذا اعتبر وارثاً وقت الموت أخذ نصيبه في الميراث فقط بنسبة جميع التركة وهو أقل بلا نزاع . وتظهر المسألة جلياً فيما إذا كانت المشتريّة زوجة فأكثر نصيب لها في الميراث الربع مع أنها إذا أخذت الثلث أولاً بالشراء إذا حصل قبل الزواج أى وهى أجنبية فتأخذ بعد ذلك الربع أو الثمن على حسب الأحوال عند الموت ومتى كانت تزوجت بالتوفى

٩٩٦ — لا بد من الرجوع لأقوال الفقهاء لمعرفة ما يقررونه في هذا الصدد ثم نطبقه على البيع .

يفرق الشرعيون في هذه المسألة بين حالتين : حالة الاقرار في مرض الموت . وحالة الوصية وما في حكمها

فيعتبرون في الحالة الأولى المقر له وارثاً أو غير وارث بحسب صفته وقت الاقرار لأنه حكاية عن شيء ثابت في الماضي ويعتبر ملزماً بنفسه ولا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية الى الموت (راجع مادة ٥٦٥ أحوال شخصية) . وإنما يشترط أن لا يكون سبب الأثر قائماً وقت الاقرار كأخ محجوب بابن بل يحدث بعد الاقرار كمرأة أجنبية منه ثم تزوجها بعد الاقرار فلو أقر لهذه المرأة بدين ثم تزوجها ومات صح الاقرار لأنها كانت أجنبية وقت الاقرار وإن كانت وارثة وقت الموت ولكن سبب الارث كان غير موجود وقت الاقرار فانتفت تهمة الايثار

ويعتبرون في الحالة الثانية الشخص وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية أو ما في حكمها وذلك لأن التملك في الوصية لا يكون في الحال بل

هو مؤخر الى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التملك لا قبله فلو أوصى لزوجته ثم طلقها صحت الوصية

٩٩٧ — ويستنتج من هذا انهم ينظرون في اعتبار الوارث وغير الوارث لوقت الالتزام والتمليك بشرط نفي تهمة الإيثار

ولما كانت الوصية لا تلزم الموصى إلا بعد موته وكان له الرجوع فيها في حياته فلا يحل للنظر في صفة الموصى له ان كان وارثاً او غير وارث إلا في الوقت الذي يصح له فيه تملك الوصية (٥٤٣ و ٥٤٤ احوال شخصية) بعكس الاقرار فانه ملزم بنفسه

٩٩٨ — ولما كان البيع ملزماً للعاقدين في الحال وناقلاً للملك بمجرد التعاقد (مادة ٢٦٦ مدني) فهل ينظر الى صفة الوارث وعدمها وقت البيع أو وقت موت البائع

من السهل الاجابة اذا جعلنا رائدنا الأمرين السابقين ولكن المسألة تحتاج الى التفصيل

ويمكن حصر الأحوال التي يحصل فيها التصرف بالبيع بالكيفية الآتية : —
أولاً — بيع في مرض الموت لوارث وقت البيع ووقت الموت — يتوقف على تصديق الورثة

ثانياً — بيع في مرض الموت لوارث وقت البيع كأخ ثم أصبح غير وارث عند الموت لوجود ابن — يعتبر المشتري غير وارث وينفذ اذا كان البيع يخرج من الثلث لأن للورثة أن يتصرف في ثلث ماله لغير الوارث

ثالثاً — بيع لغير وارث من الأقارب صار وارثاً عند الموت كأخ بعد موت الابن — يأخذ نصيبه في الميراث فقط لأن القول بغير ذلك مؤدّ لتغيير أحكام الميراث

رابعاً — بيع لغير وارث عند البيع وعند الموت — ينفذ اذا خرج من الثلث
خامساً — بيع لأجنبي وقت البيع أصبح وارثاً وقت الموت كأجنبية تزوجها البائع بعد البيع ثم مات — تعتبر وارثة ويجب تصديق الورثة

٩٩٩ — وقد يقال مع ذلك ان القانون المصرى جنح الى رأى القائل باعتبار
صفة الوارث وغير الوارث عند البيع لأنه اعتبر في تقدير قيمة المبيع — لمعرفة ما اذا
كانت زائدة على ثلث المال أو غير زائدة — وقت البيع إذ هو وقت التعاقد وإظهار
قصد المتعاقدين — انظر مادة ٢٥٦

١٠٠٠ — ولكن لمن ذهب الى أن البيع من مريض مرض موت لغير وارث
منه كأخيه المحجوب بابنه هو بيع سائر هبة خصوصاً اذا أيدت القرائن ذلك أن يقول
بأن يعطى البيع حكم الهبة لأن المريض مرض موت في العادة يخفى غرضه من الهبة
في صورة البيع هرباً من الهبة الصريحة التي لا تصح قانوناً إلا بعقد رسمى — راجع مادة
٤٨ مدنى

١٠٠١ — أما الشرعيون فيعطون الهبة الحاصلة في مرض الموت حكم الوصية
ويقولون إنها وان كانت منجزة صورة إلا أنها كالعقود المضافة الى ما بعد الموت حكماً
فلا يعتبر فيها الوارث ولا غير الوارث إلا وقت الموت . فإذا وهب لأجنبية هبة ثم
تزوجها بعد ومات بطلت الهبة كما تبطل الوصية لأنها لو ارث ولا تصح إلا بتصديق
الورثة — راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٦ وشرح الاحوال الشخصية ص ٣٢٠

١٠٠٢ — وعندى أن يعمل بالرأىين بحسب ظروف الأحوال فان تبين أن
البيع كان بقصد الاخلال بالتوريث وإيثار بعض الورثة رد على المورث قصده
واعتبرت الصفة وقت الموت والأ فلا

١٠٠٣ — قرر القانون أن البيع لو ارث لا ينفذ الا اذا أجازته باقى الورثة ففي
أى وقت تحصل الاجازة . هل وقت البيع أو بعد الموت . ومن يجب أن تحصل .
وهل يجوز الرجوع فيها أولاً يجوز . وهل يجب اجازة جميع الورثة أو تصح اجازة البعض ؟
١٠٠٤ — اذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية نجد أنهم نصوا صراحة في الوصية
على أنه يجب أن تكون اجازة الورثة بعد موت الموصى لان الاجازة لا تكون إلا
بعد ثبوت الحق وهو لا يثبت إلا بعد الموت . فاذا أجازوا في حال حياته فالاجازة

لا تفيد لأنها قبل ثبوت الحق . وعلى هذا كان لهم أن يردوا الوصية بعد الوفاة —
« ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٠ »

١٠٠٥ — أما في حالة الاقرار في التصديق عليه رأيان : قال بعضهم إنه يكون
بعد الموت ولا عبرة بإجازة الورثة قبله

وقال آخرون بأنه يجوز قبل الموت . فاذا صدق الورثة على اقرار المريض لوارثه في
حياته فلا يحتاج الحال لتصديقهم بعد وفاته — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٨٣

فيما يتعلق بالبيع ١٠٠٦ — جاء في ابن عابدين بأن يبيع المريض لوارثه يتوقف على اجازة باقي
الورثة أو على صحة المريض . فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة
بطل — جزء رابع ص ١٤٦

ويؤخذ من هذا أن اجازة البيع تكون بعد الموت والعلة مفهومة لأنه وصية
١٠٠٧ — أما المالكية فقد ذهبوا الى أنه اذا أجاز وارث وصية مورثه قبل موته
فيما له رده بعد الموت — كما لو كانت الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث — فتلزمه
الاجازة ما لم يكن له عذر وقتها بأن كان في نفقة الموصى ويخشى أنه إن لم يجز وصيته
قطع عنه نفقته أو كان عليه دين يخشى مطالبته به ففي هذه الأحوال لا تلزمه الاجازة
لأنه أجاز معذوراً — شرح الحرشي ص ٤٢٢ جزء ٥

يستخلص مما تقدم أن الأرجح في اعتبار الاجازة أن تكون بعد الموت فان كانت
قبله جاز الرجوع فيها لأنها قبل ثبوت الحق

١٠٠٨ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن القواعد الشرعية تقضى
هي والقانون بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها واكتسابها اذ الانسان انما
يتنازل عما ثبت له وملكه — ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ حقوق سنة ٩ ص ٢٢٥ تعليق على
مادة ٢٥٦ جلد

١٠٠٩ — ويجب أن تحصل الاجازة من الورثة وهم كبار أى حائزون للأهلية
الشرعية فلا تجوز اجازة الصغير ولا المجنون — مستفاد من ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٤
١٠١٠ — وحكمت المحكمة المختلطة بأنه يجب أن تتوفر في اجازة الورثة شرطان:

وهما العلم بفساد البيع وبطلانه . ثم قصد تصحيح هذا البطلان . ولا تستتج الاجازة من حضور باقى الورثة أثناء جرد التركة التى دون فى محضرها عقد البيع اذا كان الورثة يجهلون العيب اللاحق بهذا البيع (أى حصوله فى مرض الموت) — راجع حكم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ سنة ٩ من ١٧١ ققرة ٤٦٥١ مجموعة اولى

١٠١١ — وكذلك حكمت المحكمة الأهلية بأنه اذا ذكر فى عقد اتفاق محرر بين الورثة أن الأشياء التى باعها مورثهم لأحدهم انتقلت ملكيتها اليه بمقتضى عقد البيع فهذا الاتفاق لا يمنع هؤلاء الورثة من الطعن فى العقد بأنه عمل فى مرض موت مورثهم إلا اذا ثبت أنهم كانوا يعلمون وقت امضاء الاتفاق المحرر بينهم أن لهم الحق فى الامتناع عن التصديق على البيع — الاستئناف أول فبراير سنة ٩١٠ عدد ١٠٨ ص ٢٩٦ مجموعة سنه ١١

١٠١٢ — وقد خلصت محكمة الاستئناف فى احدى حيثيات هذا الحكم الشروط اللازمة لصحة الاجازة فقالت بأنه يفرض فى الاجازة المسقطة لحق الدفع بالبطلان (الأصح بعدم النفاذ) بناءً على حصول التصرف فى مرض الموت أن يكون المميز عالماً بوجه البطلان . وأن يكون ظاهراً من العقد أن القصد منه — مع هذا العلم — هو اثبات التنازل عن التمسك بذلك البطلان . لأنه من مقتضى الاجازة ترك التمسك بحق والترك يقتضى العلم بالشروط والمجهول ليس محلاً له — قارن أيضاً فى ذلك المادة ١٣٣٨ فرنساوى التى تكلمت على الاجازة والتصديق (١)

(١) هذا هو نص مادة ١٣٣٨ فرنساوى

العقد الصادر بالتصديق أو باجازة تعد أجاز القانون الطعن ببطلانه أو نقضه لا يعتبر صحيحاً الا اذا كان مشتملاً على موضوع التعهد القابل للطعن وعلى ذكر وجه الادعاء بالفسخ وعلى قصد العاقدين من تصحيح العيب المبني عليه دعوى البطلان فاذا لم يوجد عقد بالتصديق أو الاجازة فيكتفى بتنفيذ التعهد باختيار المتعاقدين بعد انقضاء المدة التى يجوز فيها التصديق على التعهد أو اجازته وتصديقاً صحيحين والتصديق على التعهد أو اجازته أو تنفيذه باختيار العاقدين بحسب الأوضاع وبعد المدة المقررة قانوناً يترتب عليه ترك الأوجه والدفع الجائز ابدائها للطعن فى التعهد وذلك مع عدم الاخلال بحقوق الغير

مضمون الاجازة ١٠١٣ — فالاجازة معناها ترك الحق في الطعن في ابطال العقد — بلانيول فقرة واثباتها ١٢٩٣ جزء ثان

١٠١٤ — ويتبع في اثبات الاجازة جميع القواعد القانونية المقررة للاثبات فما جاز اثباته بشهادة الشهود جاز اثبات التصديق عليه أو اثبات اجازته — بلانيول فقرة ١٢٩٧ جزء ثان

١٠١٥ — والاجازة إما أن تكون صريحة أو ضمنية والاجازة الضمنية تنشأ من الأعمال الدالة على ترك الحق في طلب البطلان كالتنفيذ الاختياري بعد العلم بوجه الفساد وقت بلوغ الرشد . ولا يشترط مع ذلك تنفيذ التعهد القابل للبطلان بأكمله بل تنفيذ البعض كاف — بلانيول فقرة ١٢٩٨ جزء ثان فالاجازة الضمنية تستفاد من الظروف ويترك تقديرها للقضاء

١٠١٦ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن مجرد حضور الورثة أثناء جرد تركة دون فيها البيع الحاصل أثناء مرض الموت ودلت الظروف على أن الورثة يجهلون العيب اللاحق به لا يفيد الاجازة المعتبرة — حكم المحكمة المختلطة في ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٦٥١ مجموعة أولى وانظر الحكم الوارد بفقرة ١٠١١ السابقة

في الاجازة ١٠١٧ — وقد نص الفقهاء على أن اجازة المريض كابتداء وصية بمعنى أنه اذا كان الوارث مريضاً مرض موت فأجاز تصرف مورثه الذي كان مريضاً أيضاً ينظر وارث مريض . إن برئ الوارث المذكور من مرضه صحت اجازته وإن مات من ذلك المرض فلا تجوز اجازته إلا بتصديق ورثته بعد موته ان كان التصرف لوارث وتعتبر الاجازة من الثلث ان كان التصرف لأجنبي

وهو رأي لا مانع من الأخذ به في القانون لأن الاجازة هنا عبارة عن ترك الحق وفيه إضرار بالورثة غير أنه قد يعترض عليه بأن ترك الحق في الطعن ليس بيعاً والقانون لم ينص إلا على البيع

في اجازة بعض ١٠١٨ — ولا يشترط اجازة جميع الورثة . فاذا أجاز بعضهم ولم يجز البعض الآخر صحت اجازة المجيز بقدر حصته — انظر ابن عابدين ص ٤٣٤ ج ٤ الورثة

١٠١٩ — وهذا ما جرت عليه محكمة الاستئناف الأهلية فقد قررت في حكمها الرقم ١٥ ابريل سنة ١٩١٢ عدد ١٠٦ سنة ١٣ بأن البيع لا ينفذ إلا على من أجازته من الورثة فيأخذ المشتري جزءاً من المبيع مناسباً لنصيبه في التركة . وذلك لأنه لا يصح لأحد أن يتبرع بمال غيره ولا أن يتنازل عن حق الغير — راجع الجيئات ١٠٢٠ — ولما كانت العقود التي تلحقها الاجازة هي العقود الباطلة بطلاناً نسبياً لا بطلاناً أصلياً (بلانيول فقرة ١٢٩٦ جزء ثان) كان ذلك دليلاً على أن البيع الصادر في مرض الموت باطل بطلاناً نسبياً وحينئذ يكون احتمال الضرر فيها جائزاً ١٠٢١ ويتفرع على هذا أن يكون من الخطأ حفظ القضايا الجنائية المطعون فيها بالتزوير بدعوى حصولها في مرض الموت أو الحكم ببراءة المتهمين فيها بل يجب السير في تحقيقها وطلب العقاب عليها لأن العقد المزور الذي لا ينتج ضرراً هو الباطل بطلاناً أصلياً . أما هنا فالعقد قابل للبطلان كما يستفاد من تعبير القانون نفسه في قوله « لا ينفذ البيع إلا اذا أجازته »

وقد قررت محكمة النقض والابرار بأنه اذا كانت الورقة قابلة للبطلان لا باطله بطلاناً أصلياً فالحكم على المتهم في محله

١٠٢٢ — كذلك حكم بأن الورقة المزورة اذا كانت صحيحة في الأصل ولكنها أصبحت باطلة بسبب اهمال أحد الاجراءات اللاحقة الواجب اتباعها قانوناً فيكون في هذه الحالة احتمال حصول الضرر موجوداً وبه تم أركان جريمة التزوير — « حكم رقم ٢٩ فبراير سنة ١٩٠٨ وقرار قاضي الاحالة الرقم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٧ بمجموعة رسمية ص ٩ عدد ٥٧ ص ١٢٦ »

١٠٢٣ — والاجازة عقد ملزم لجانب واحد لأنها عبارة عن ترك الحق في الطعن وعلى هذا تم وتصير نهائية بمجرد صدورها من المجيز العاقل بلا ضرورة لقبولها من التمسك بالعقد المطعون فيه . ومتى ضدت ارتبطت ارادة المجيز بها ولم يكن له أن يرجع فيها — فقرة ١٢٩٩ بلانيول جزء ثان

١٠٢٤ — والاجازة تعتبر مؤيدة لعقد البيع الصادر من المريض لا منشئة له :

في مفعول
الاجازة

فانه من المعلوم أن البيع القابل للبطلان النسبي ينتج مفعوله من وقت صدوره ولا يزول مفعوله إلا بالحكم القاضى بالبطلان فانه هو وحده الذى يجعله كأن لم يكن أما اذا أجز فان مفعوله يستمر — بلانيول فقرة ١٣٠٠

١٠٢٥ — وإنما يجب أن لا يترتب على حصولها ضرر للغير طبقاً لقواعد الاجازة المقررة

ويقصد بالغير هنا من كسب حقوقاً منافية للحقوق المترتبة على تأيد العقد . مثال ذلك ما اذا باع قاصر عقاراً أثناء صغره ثم رهنه بعد بلوغ رشده فالرهن يتضمن إبطال البيع . فاذا أجاز البيع مع ذلك تبع الرهن العين المبيعة بالرغم من الاجازة لأن الرهن حصل والمتصرف أهل للتصرف ولا بد لاعتبار الاجازة من احترام حقوق الغير الذى يكون تلقى حقاً خاصاً من المتصرف

اما من يتلقون الحق من المتصرف المذكور بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العاديين فهو لا تسرى عليهم أحكام الاجازة بلا قيد ولا شرط لأن الورثة يحلون محل المورث فى جميع تعهداته . والدائنين العاديين لا يجوز لهم الطعن الا فى الأعمال الصادرة بتدليس بقصد الاضرار بحقوقهم — بلانيول فقرة ١٣٠١ جزء ثان ومادة ١٣٣٨ ف

١٠٢٦ — وقد راعى ذلك القانون المختلط فنص فى المادة ٣٢٣ منه على أن الفسخ أو انقاص البيع الى الثلث لا يضر بحقوق الغير المرتهن رهناً عقارياً أو من انتقلت اليهم ملكية المبيع بعوض متى كان اكتسابهم لهذه الحقوق بحسن نية ولكن هذا النص غير وارد بالقانون الأهلى وعلى هذا لا يكون معمولاً به إلا قبل الدائنين الأجانب أما الدائنون الوطنيون فتسقط حقوقهم لأن أحكام الشريعة الاسلامية سارية عليهم

١٠٢٧ — اذا لم توجد ورثة للبائع المريض مرض موت فالبيع الصادر منه
نفاذ البيع بأكمله
عند عدم وجود
ورثة
صحيح بأكمله سواء كان المشتري وارثاً أو غير وارث لأن علة عدم النفاذ وهى مراعاة
حقوق الورثة غير موجودة حيث لا ورثة . ولهذا فلا يعلق النفاذ على تصديق الورثة

إذا كان المشتري وارثاً كما لا محل له من الإعراب على الثلث إن كان المشتري غير وارث وقد قرّر ذلك الفقهاء بالنسبة لأقرار المريض لوارث ليس له غيره أو الوصية للوارث المذكور فلو أوصى لزوجته بالنصف أخذت الكل لأنها تملك النصف الباقي بالميراث — راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٤ وج ٤ ص ٤٨٣

١٠٢٨ — أما ما يترتب على البيع بالنسبة لعلاقة البائع بالمشتري فإنه ينقل الملك في حال إلى المشتري عملاً بنص المادة ٢٦٦ أى يعتبر فيما بينهما صحيحاً نافذاً ولهذا جاز للمشتري طلب تنفيذه واستلام العين كما سيأتي بلا توقف على إجازة الورثة وذلك لأنه أما أن يبرأ المريض وحينئذ يلحق حكم تصرفه بالصحيح أو يموت وحينئذ للورثة أن يجيزوا البيع وإن أجازوه فيعتبر صحيحاً من وقت صدوره

١٠٢٩ — إذا باع المريض مرض موت لوارث أو لغير وارث فهل يجب عليه تسليم المبيع قياماً بالتعهد . أو ينتظر حتى يموت لأن البيع للوارث معلق على إجازة باقي الورثة ولغير الوارث لا ينفذ إلا من الثلث ؟

قرّر الشرعيون في كتب الفقه أن تصرفات المريض نافذة وإنما تنقض بعد الموت — ابن عابدين ص ٤٨٤

وقالوا بأنه إذا أقرّ المريض مرض موت لوارثه يؤمر في الحال بتسليم ما أقرّ به إلى الوارث فإذا مات يردّه — ابن عابدين ص ٤٨٤ ج ٤

١٠٣٠ — ولا نزاع في أنه يجب بمقتضى القانون على البائع أن يسلم المبيع عملاً بنص المادة ٢٦٦ منه لأنه يترتب على البيع إلزام البائع بتسليم المبيع للمشتري . وفي العادة يقرّ البائع في العقد باستلام الثمن إن كان العقد هبة في صورة بيع فيكون ذلك مسقطاً لحقه في حبس العين المبيعة

وفي الواقع فلا محل لتأجيل التنفيذ لاحتمال أن يبرأ المريض من مرضه فيعتبر تصرفه صحيحاً غير قابل للطعن وعلى هذا تكون ملكية المبيع متقلة في الحال أى بمجرد التعاقد إلى المشتري وله أن يتصرف فيما اشتراه بسائر التصرفات الجائزة شرعاً

١٠٣١ — اذا صدر البيع في مرض الموت واشترط فيه البائع تنازله عن الثمن واستبقاء المبيع تحت حيازته لحين وفاته فالعقد يعتبر وصية ويأخذ من باب أولى حكمها « قارن في ذلك حكم محكمة طنطا الاستئنافية الرقم ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ عدد ٤٥ »

الفرع الثالث — في رضا المتعاقدين

شريعة اسلامية

قوانين مصرية

مادة ٢٤٨ — يجب أن يكون رضا المتعاقدين صحيحاً مجرداً عن الاكراه
مادة ٣١٤ مختلط — مطابقة لها
مادة ٢٦٢ مرشد الحيران — يشترط لصحة البيع رضا المتعاقدين بالبيع والشراء من غير اكراه ولا اجبار

١٠٣٢ — من شروط صحة البيع توفر الرضاء الصحيح المجرد عن الاكراه والغلط والتدليس لأن البيع تعهد فيجب أن تتوفر فيه شروط صحة التعهدات — « مادة ١٢٨ و ٢٤٨ أهلى فقرة ١٨٨ و ٣١٤ مختلط »

١٠٣٣ — وعلى هذا يتبع في شأنه من جهة كيفية حصول الرضاء . وبيان العيوب المفسدة له . والوقت الذى يتم فيه اذا حصل شفهاً . أو كتابة . أو بالمراسلة . القواعد العمومية الواردة في باب التعهدات

والتراضى يجب أن يحصل بالنسبة لركنى البيع وهما المبيع والثمن . فلا يكون صحيحاً اذا وقع فى أحدهما عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس
وانا لنقتصر هنا على ذكر بعض الأحكام الخاصة بالبيع

١٠٣٤ — لصحة البيع يجب أن يكون الرضاء من شخص حائز لتمام قواه العقلية وعلى هذا يبطل البيع الصادر من شخص فى حالة سكر أفقده رشده وجعله بحال لا يستطيع معها أن يبدى رضاء صحيحاً — باندكت فقرة ١٣٣ — بيع ج ٥٩

١٠٣٥ — لا يبطل البيع الصادر من شيخ عمره ٨٢ سنة بثن يقل كثيراً عن القيمة الحقيقية ارتكائاً على عدم سلامة عقله اذا تبين من ظروف الدعوى أنه فعل ذلك مدفوعاً بكراهته لابنته الوحيدة لا بدافع الجنون

احكام

وعلى أى حال لا يجوز ابطال مثل هذا البيع بعد وفاة البائع اذا كانت ابنته قدمت طلباً للحجر على والدها ولم تتخذ بعد ذلك الاجراءات اللازمة لتتبع سير الطلب — باندكت ققرة ١٣٥ بيع ج ٥

١٠٣٦ — فى حالة بيع منقول يباعاً منجزاً كبيع حجر نفيس مثلاً فما يكون معتبراً فى العقد هو تركيب الحجر من جهة البائع والشراء بثن معين من جهة المشتري فاذا اتفق المتعاقدان على هذا الأمر وعلى المبيع فيكون رضاؤهما خلواً من الغلط — « مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ سنة ١٧ من ٧٣ ققرة ٤٣٣٨ مجموعة ثانية »

١٠٣٧ — الشخص الذى يعقد بيعاً باسمه دون أن يكون مالكا للمبيع يعتبر أنه تعاقد بصفته وكيلأ بالعمولة وعلى ذلك يكون التعاقد صادراً منه شخصياً . فاذا طُلب بطلان البيع لفساد الرضاء وجب النظر فى الرضاء الحاصل منه هو شخصياً لمعرفة ما اذا كان الرضاء مشوباً بعيب الغلط كما يدعى أو غير مشوب — مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ سنة ١٧ ققرة ٤٣٣٧ مجموعة ثانية

١٠٣٨ — يبطل العقد لغلط واقع فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد اذا أراد المشتري شراء عُلبة قديمة مصنوعة فى عهد لويس الثالث عشر فسلمه البائع عُلبة من الصناعة الحديثة ولو كانت على طراز عهد لويس الثالث عشر أى تقليداً للأولى — « باندكت ققرة ١٣٩ و ١٤٠ بيع ج ٥٩ »

١٠٣٩ — ولكن لا يجوز ابطال البيع بحجة وجود تصليح فى بعض الأجزاء أو تجديد فيها اذا ثبت أن الشئ المبيع قديم حقيقة كما اتفق المتعاقدان الا اذا تبين أن البائع كان ضامناً لذلك أيضاً — شرحه ققرة ١٤٢

١٠٤٠ — وصفات الشئ ولو كانت غير أصلية يجوز أن تعتبر جوهرية اذا كان المتعاقدان تعاقدًا بمراعاتها . فمن لم يقبل شراء مواد غذائية تصلح لتسمين المواشى الا اعتماداً على صفاتها الواضحة فى الاعلانات المنشورة عنها له الحق فى طلب بطلان البيع لغلط فى الرضاء وليس فى نوع البضاعة اذا كانت البضاعة المسلمة له لا تحتوى على التراكيب والصفات المينة فى الاعلان السابق ذكره — شرحه ققرة ١٥٤

١٠٤١ — اذا سلمت بضاعة باعتبار أنها من أجود صنف ولا نظير لها فتبين أنها بالعكس من صنف واطىء عد ذلك غلطاً فى الصفات الجوهرية من شأنه الاخلال برضاء المشتري وكذلك لو عرضت كذباً باعتبار أنها من أصناف ذات علامة خاصة — شرحه فقرة ١٥٥

١٠٤٢ — ويىطل البيع لحصول غلط فى الرضاء ولو عنى البائع بالنص فى الشروط على أن البضاعة بيعت جملة واحدة بغير ضمان (ساقطة الخيار) وبجالتها التى هى عليها هرباً من مسئوليته . ويىع المشتري للبضاعة التى فك طرودها وهو لا يعلم بما تحتوى عليه باقى الطرود الغير المفكوة لا يجعل العقد صحيحاً متى كان باطلاً لفساد الرضاء « شرحه فقرة ١٦٠ »

١٠٤٣ — ويىطل كذلك الرضاء لغلط فيه اذا سلمت أبسطة مشترة من عينة مخصوصة فلم غيرها خالٍ من الأوصاف الباعثة على الشراء خصوصاً اذا كان النوع المسلم يباع فى السوق بسعر أرخص مما حصل الشراء به — شرحه فقرة ١٦٠

١٠٤٤ — وكذلك تسليم ما كينة خياطة من صناعة وتركيب مختلف متى ثبت أن البائع على الشراء هو علامة شركة مخصوصة (فى الدعوى شركة سنجر) — « شرحه فقرة ١٦٢ »

١٠٤٥ — وبائع السماد المعروف بأنه محتوٍ على كمية مخصوصة من العناصر المفيدة للتسميد يجب عليه أن يعلم المشتري بنقص الكمية المذكورة اذا سلمه بضاعة ناقصة عن القدر المتعارف . ولا يعفيه من ذلك عدم بيان الكمية فى الاعلانات الصادرة منه عن هذا السماد فان عدم النص فى الاعلان يجعل المشتري يعتقدون أن السماد يحتوى على الكمية التى تعورفت لذلك الوقت — باندكت فقرة ١٦٣

١٠٤٦ — أما اذا حصل الغلط فى قيمة الشئ المبيع لا فى أصل الصفات المعبرة فى العقد فلا يبنى عليه بطلان — شرحه فقرة ١٦٨

١٠٤٧ — ومن يرسى عليه مزاد اشتراة بناء على الاعلانات المنشورة عنه فظهر

أنه غش في قيمته الحقيقية والصفات القانونية فيه لا في نفس العقار وملحقاته لا يجوز له طلب بطلانه لحصول غلط في الرضاء — شرحه فقرة ١٧٧

١٠٤٨ — وإذا حصل خطأ في ذكر الحدود لعقار مبيع فذلك لا يعد غلطاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد كأن ذكر أنه محدود من إحدى جهاته بشارع عام فاذا بها أرض للحكومة ومنعت الحكومة فتح نوافذ ومطالات عليها خصوصاً إذا لم يبين الغرض الأصلي من الشراء ولم يستعمل البائع طرقاً احتيالية لحمل المشتري على الشراء حتى ولو قلت قيمة العقار بسبب ذلك — شرحه فقرة ١٧٣^(١)

١٠٤٩ — والغلط في الثمن لا يعتبر غلطاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد — فاذا قوّم البائع البضاعة بسعر أقل من سعرها الحقيقي خطأً فلا يجوز له طلب البطلان لذلك — شرحه فقرة ١٨٧

١٠٥٠ — وحكم بأن الادعاء في عقد التنازل عن محل تجارى وعن حق تأجيريه بأن قيمة الايجار هي ٣٠٠٠ قرشاً والواقع أنها ٤٠٠٠ قرشاً يجعل البيع باطلاً لغلط في أصل الموضوع متى تبين للقاضي أنه لو كان المشتري وقف على حقيقة القيمة لما تعاقد — « دالوز فقرة ١٢٩ مادة ١٥٨٢ »

١٠٥١ — والتدليس كذلك مفسد للرضاء وذلك اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى — « مادة ١٢٦ اهل و ١٩٦ مختلط »

١٠٥٢ — فيبيع محل بناءً على تأكيد وكيل البائع للمشتري أن البائع استخرج شهادة من قلم السوابق تفيد انه خال من السوابق ثم تبين أنه في وقت البيع حكم عليه بعقوبة يكون باطلاً لفساد الرضاء بالتدليس — باندكت فقرة ٢٠١ بيع ج ٥٩

١٠٥٣ — ووصف البضاعة بأوصاف كاذبة تجعل المشتري بخطيء من جهة مصدر البضاعة يعد من طريق التدليس الكافية لإبطال البيع — شرحه فقرة ٢٠٢

(١) انظر الكلام على بطلان البيع لعدم العلم بالمبيع في الفرع الآتي

- ١٠٥٤ - ويجب أن يراعى في تقدير الخيل المستعملة معلومات المشتري التجارية ودرجة التناسب بينها وبين ما يشتريه وعلى هذا يطل البيع الصادر الى امرأة بسيطة يبعث لها سندات يدفع ثمنها على أقساط شهرية بعد تفهيمها بأن قيمتها تدفع لها بأكثر مما اشترت في ميعاد قصير كذباً - فقرة ٢٠٨ تعليقات دالوز
- ١٠٥٥ - وكذلك يبع سندات منحة القيمة الى امرأة عجوز (في الدعوى عمرها ٨٠ سنة) بطريق خدعها وتفهيمها بأنها تضع تقودها على رهن - فقرة ٢٠٩ منها
- ١٠٥٦ - أما اذا كان المشتري يقتصر على مدح بضاعته لترويجها ويدعى أنها طلبت منه بأسعار عالية فذلك لا يعد تدليساً - فقرة ٢٢٠ باندكت بيع ج ٥٩
- ١٠٥٧ - وعلى هذا حكم بأن ذكر بيانات مبالغ فيها في الاعلان عن بيع املاك لا يكون طرق التدليس الكافية لفساد الرضاء المستوجب لإبطال العقد - « دالوز فقرة ١٤٦ مادة ١٥٨٢ »
- ١٠٥٨ - وخلاصة القول أن للقضاة حق تقدير ما اذا كانت الخيل المستعملة من أحد المتعاقدين للآخر يترتب عليها فساد الرضاء لأنه لولاها لما رضى الطرف الآخر أولاً يترتب لأنه لا تأثير لها على رضائه

الفرع الرابع

في وجوب علم المشتري بأوصاف المبيع الأصلية
(خيار الرؤية)

شريعة اسلامية

مادة ٢٧٥ مرشد الخيران - يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الاشارة الى المبيع أو الى مكانه
غير أن البيع لا يكون تاماً ولا يلزم المشتري وان وقع العقد صحيحاً
مادة ٢٧٦ منه - يشترط للزوم البيع

قوانين مصرية

٢٤٩ أهلى - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً إما بنفسه أو بمن وكله عنه في معاينته
٣١٥ مختلط - مطابقة لها
٢٥٠ - اذا لم يشاهد المشتري

أن يرى المشتري المبيع وقت البيع أو يكون قد رآه قبله ثم اشتراه علماً وقت الشراء أنه هو مرثيه السابق

ورؤية الوكيل في الشراء أو القبض ورضاه كروية الأصل ورضاه

مادة ٢٧٧ منه — من اشترى شيئاً وكان قد رآه هو أو وكيله في الشراء فليس له أن يردّه الا اذا وجدته متغيراً عن الحالة التي رآه عليها وتكني رؤية ما يدل على العلم بالمقصود قبل الشراء في سقوط خياره بعده

مادة ٢٧٨ منه — من اشترى شيئاً ولم يره وقت شرائه وقبله فله الخيار اذا رآه ان شاء قبله وان شاء فسخ البيع وورده ولو كان قد رضى به قولاً قبل رؤيته

مادة ٢٧٩ منه — يثبت للمشتري حق فسخ البيع ورد المبيع الذي اشتراه بدون أن يراه ولو لم يشترط ذلك في العقد ولا يتوقت خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه ما يبطله قولاً او فعلاً أو يتعيب المبيع ونحو ذلك . ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره

مادة ٢٨٠ منه — يصح شراء الأعمى وبيعه لنفسه أو لغيره وله رد ما اشتراه بدون ان يعلم ما يعرف به المبيع من وصف او غيره وليس له رد ما اشتراه بعد وصفه له أو بعد جسه وذوقه وشمه او بعد نظر وكيله في الشراء او وكيله بالقبض اذا قبضه ناظراً اليه

مادة ٢٨١ منه — الأشياء التي تباع على مقتضى النموذجها تكني رؤية النموذج منها فان ثبت ان المبيع دون النموذج الذي اشتراه على مقتضاه يكون مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى او رده بفسخ البيع

مادة ٢٨٢ منه — يشترط لزوم البيع ان كان المبيع داراً او خاناً رؤية كل حجرة او قاعة منها الا ان كانت مصنوعة على نسق واحد فيكتفي برؤية واحدة منها

مادة ٢٨٣ منه — اذا بيعت جملة أشياء

جزافاً إلا بعض المبيع وتبين أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ويسقط حقه في طلب الفسخ اذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان

٣١٦ مختلط — تطابقها مع إضافة « برهنه أو » بين الشيء المبيع وبأي طريق كان

٢٥١ أهلى — اذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع إلا اذا أثبت تدليس البائع عليه

مادة ٣١٧ مختلط — مطابقة لها

٢٥٢ أهلى — بيع الأشياء التي لم يعاينها المشتري ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً إلا اذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حاله

٣١٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٥٣ أهلى — البيع للأعمى يكون صحيحاً اذا امكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه في ذلك —

مادة ٣٢٠ مختلط — مطابقة لها

متفاوتة صفقة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة ولا يكتفى برؤية بعضها

مادة ٢٨٤ منه - من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها بدون ان يرى البعض الآخر فان رآه ووجده بحال بحيث لو كان رآه قبلها لما كان اشتراه او لكان يشتريه فله الخيار بين اخذ جميع الأشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع وردها جميعا وليس له ان يأخذ ما رآه ورضى به ويترك ما لم يكن رآه

مادة ٢٨٥ منه - اذا تصرف المشتري في المبيع الذي اشتراه قبل ان يراه تصرفا لا يحتمل الفسخ او يوجب حقا للغير بأن باعه بيعا مطلقا عن شرط الخيار او رهته او أجره او هلك في يده او استهلكه او بقيت في يده حتى صار بحال لا يمكن معها فسخ البيع سقط حقه في رده بخيار الرؤية ولزم البيع والثن وكذا يلزم البيع ويجب الثمن اذا مات المشتري قبل رؤية المبيع ولا ينتقل خيار الرؤية الى ورثته

مادة ٢٨٦ - من اشترى شيئا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته
وله استرداد الثمن الذي تقدمه اذا فسخ العقد ورد المبيع بخيار الرؤية

المبحث الأول - عموميات

١٠٥٩ - هذه النصوص مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية اذ لا مقابل لها

في مأخذ هذه النصوص ومراد القانون منها

في القوانين الأوروبية ولذلك أشكل فهمها على كثير ممن شرحوا القانون المصري من الافرنج وغابت عنهم حكمة تشريعه وظنوا أن القانون المصري يأخذ هذه القواعد عن الشريعة لم يزد عن كونه كرر ما هو مسلم به من القواعد العامة القاضية بضرورة علم المشتري بذات المبيع

وقالوا لانهم لم يدركوا معنى تقرير القاعدة المنصوص عليها في مادة ٢٤٩ أهلي

مع أن العلم بالمبيع مستفاد من حكم المادة ١٣٤ من القانون المدني التي تجيز البطلان اذا حصل غلط في أصل الموضوع المعتبر في العقد لأن الغلط لا يحصل إلا في شيء اطلع عليه المشتري وعينه وكذلك لا يلحظ تعيين الأشياء المعينة بذاتها إلا إذا علمها المشتري

وقد خلط بعضهم في شرح هذا الباب حتى ذهب الى أن علة النص على صحة بيع الأعمى كثرة العميان في مصر (راجع كتاب العقود لمسيو جرانمولان ص ٤) منع أن تقرير هذه القاعدة لم يكن إلا تطبيقاً للقواعد التي قررها الفقهاء لأحكام العلم بالمبيع كما ستري^(١)

١٠٦٠ — وانا نلتبس لهؤلاء العلماء العذر لأن المادة من أصل شرعي بحث والشروح المعروفة عنها غير مألوفة إلا لبعض الخاصة والقانون كذلك قصر في ايضاح مراده في القاعدة العامة التي وضعها فهو انما يريد الكلام على العلم بأوصاف المبيع لا العلم بذاته ويريد اشتراط علم المشتري بهذه الأوصاف لئتم رضاؤه ويتمتع تضرره من إلزامه بشيء لا يعجبه ولا يصادف هوى في نفسه ولا يرضى به كما سيبيء شرحه فاقضب القول وقال يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع والصحيح بأوصاف المبيع لأن الكلام على ذات المبيع تكلم عليه في موضع آخر (انظر الكلام على المبيع فيما تقدم فقرة ٢٥٩ وما بعدها)

ولعلاقة هذا الموضوع برضاء المشتري لأن العلم متمم للرضاء تكلم عليه الشارع عقب الكلام على الرضاء .

١٠٦١ — قلنا ان القانون يريد الكلام على العلم بأوصاف المبيع لأن ذلك مفهوم المواد الخاصة بالعلم بالمبيع والتي تطابق أحكامها الأحكام التي قررها الفقهاء في باب خيار الرؤية وهم يفرقون تفريقاً تلماً بين خيار الرؤية وشرط العلم بذات المبيع

(١) راجع لتحقيق ما بينا كتاب مسيو جرانمولان ومذكرات المسيو تستو والمسيو لامبير نظار مدرسة الحقوق السابقين

في خيار الرؤية ١٠٦٢ — الأصل في الشريعة الإسلامية أن من اشترى ما لم يره فله الخيار
بحسب أحكام إذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ البيع وورده ولو كان قد رضى به
الشريعة قولاً قبل رؤيته — مادة ٢٧٨ مرشد الحيران
الإسلامية

وهذا ما يسمى بخيار الرؤية ويتكلم عليه الفقهاء تحت هذا العنوان
١٠٦٣ — وخيار الرؤية لا يثبت إلا في بيع صحيح لأن البيع الفاسد يفسخ
بدون خيار الرؤية — مستفاد من ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

ولذلك لا يمنع خيار الرؤية وقوع الملك للمشتري . ولو تصرف في المبيع جاز
تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن . وكذا لو هلك المبيع في يده أو صار إلى حال لا يملك
فسخه بطل خياره — ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

ولهذا يعتبرونه شرط لزوم لا شرط صحة — انظر مادتي ٢٧٥ و ٢٧٦ مرشد الحيران
١٠٦٤ — يرى الفقهاء أن الرضاء في البيع لا يتم ولا يتحقق إلا بعد العلم
بأوصاف المبيع وذلك لأن جهالة الوصف تفضي إلى المنازعة كجهالة ذات المبيع . فانه كما
يجوز عند جهالة ذات المبيع قيام نزاع بين المتعاقدين بشأنه لأن الأعيان تختلف
ماليتها فتختلف رغبات الناس فيها فاذا سلم البائع عيناً قد يطلب المشتري عيناً أخرى
أجود منها باسم الأولى اذ البائع في العادة يعطى الأذن والمشتري يطلب الأجود
فيتنازعان ويمتنع بذلك التسليم والتسلم . كذلك يقوم هذا النزاع عند جهالة الوصف
فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيتنازعان
بسبب عدم الرؤية — بدائع ص ١٦٣ ج ٥

ومن جهة أخرى فالرضاء لا يتعلق إلا بمعلوم فوجب العلم بأوصاف المبيع ليقع
الرضاء صحيحاً . ولا نزاع في أن كثيراً من الأشياء التي هي موضوع التعامل ما هو
متعدد النوع والشكل متباين الصناعة والوضع مختلف الدرجة واللون وهكذا مما
لا حصر له

فاختلاف هذه الأشياء مستوجب لاختلاف رغبات الناس فيها فقد يطلب

شخص سواراً من الماس يكون موافقاً لسوار عنده وعلى ذلك يجب أن يكون مناسباً لما عنده صياغةً ورسمًا فمجرد سوار من الماس بالنوع والقياس والوزن الذي يريده غير كاف لتحقيق الغرض الذي يقصده وآخر لا يهمه ذلك لأنه يريد تقديمه هدية . وكذلك قل في شراء جواد . أو أثاث منزل وغيره . فيختلف الأمر باختلاف ما اذا كان الطالب تاجراً أو غير تاجر . فغير التاجر اذا أراد مشتري سجادة موافقة لآخرى عنده وجب أن تكون نظيرتها أو شبيهة بها لوناً ورسمًا فاللون والرسم موضع اعتباره ولو لم تكن كذلك لما انتفع بما اشتراه لأن السجادة التي عنده قد تكون بيضاء وهذه سوداء والعرف والطبع يأيان استعمالهما معاً . أما التاجر فلا يهتم بكل ذلك كذلك من الاشياء ما اعتاد الناس مذاقه أو شمه عند شرائه كالزيت والروائح العطرية وغيرها فقد يفضل شخص صنفاً خاصاً أو رائحة مخصوصة وهكذا من الأمثلة التي لا عداد لها

لهذا جرى عرف التجار بأن يرسلوا براجمهم (كتالوجات) ميناها أثمان البضائع ومقاساتها وقطعة من القماش ملصوقة بها ليعلم المشتري بالصنف الذي يشتريه ويختار اللون الذي يوافق منعاً للنزاع ورفعاً للضرر وهكذا يفعلون بالنسبة للأدوية والاشربة وغيرها

١٠٦٥ — يرى من كل هذه الأحوال أن للاعتبارات الشخصية في أوصاف الشيء دخلاً كبيراً في الرضاء . وإن الزام المشتري بشيء لم يطلع عليه يفوت عليه الوصف المرغوب أو الغرض المقصود من الشراء . وقد يكون من وراء ذلك ضرر له فرفعاً للنزاع ومنعاً للضرر استمد الشارع المصري من الشريعة أحكام العلم بأوصاف المبيع مع التحوير والتعديل الذي يجعلها ملائمة لأحكام القانون المصري ولتقتضيات الحال وما تستدعيه المعاملات من الاسراع المستلزم اطلاق بعض القواعد وتقييد البعض

ولقد أحسن الشارع المصري في رأينا بتقرير هذه القواعد لأنها مكملة للنقص

الذى يشاهد عند عدم استيفاء الشروط المستوجبة لبطلان الرضاء بناءً على غلط أو تدليس ورافعة لما يلحق المشتري من الأسف والتدم على شراء شئ غير صالح له
إذ من المقرر أن الغلط الموجب لبطلان الرضاء هو ما كان واقعاً في أصل الموضوع
المعتبر في العقد — مادة ١٣٤ مدني

أما إذا وقع على صفة غير جوهرية في ذات الشئ فالغلط لا يمنع صحة التعاقد ولكن قد هذه الصفات قد يحدث ضرراً للمشتري . مثال ذلك اذا اشترى لؤلؤة على أنها بيضاء فاذا هي سوداء . أو ياقوتة على أنها حمراء فاذا هي صفراء . فاللون ليس بصفة جوهرية يترتب عليها الغلط ولكنها قد لا تصلح للاستعمال الذي أعده لها المشتري فيتضرر

ولذلك يقول الفقهاء ان فائدة خيار الرؤية هو رفع الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع — ابن عابدين ص ٢٣ ج ٤

في وجه الكلام ١٠٦٦ — لما كان الرضاء الصحيح التام يستلزم العلم بأوصاف المبيع كما ينال على هذا
تكلم الشارع عليه في هذا الباب عقب الاشارة التي في المادة السابقة الى شروط الموضوع في باب
صحة الرضاء لأن هذا العلم متعلق برضاء المشتري وهو أحد العاقلين فمتى رضى العاقلين
بأوصاف المبيع لزمه حكم البيع وسقط حقه في طلب الفسخ

مقارنته بأحكام ١٠٦٧ — نصت مادة ١٥٨٧ فرنساوي على أن الأشياء المعتاد ذوقها كالزيت بيع المذاق في
والاشربة وغيرها لا يتم بيعها إلا بالمذاق والمذاق أحد طرق العلم في القانون المصري كما القانون
سيجي . ولذلك يرى المطلاع وجوه شبه عديدة بين القواعد التي وضعها الشراح على هذه
المادة وبين أحكام خيار الرؤية . فقد صرحوا بأن أمر المذاق موكل لتقدير المشتري
— خصوصاً اذا كان الشئ معداً لاستعماله الشخصي — فان له بمجرد مذاقه وعدم موافقته أن يردده للبائع وبذلك لا يلزمه البيع وله أن يتنازل عن هذا الحق صراحة أو دلالة كطلبه أشربة أوزيوياً من تاجر مقيم بعيداً عنه ففي هذه الحالة يعتبر متنازلاً ضمناً عن حق مذاقه قبل اتمام البيع لأنه يريد شراءاً يوافق الذوق العام

وإذا كان البيع بتموذج وذاق الاتموذج كفى فلو وصلته البضاعة على مثال النموذج فليس له ردها . وإذا استلم البضاعة . أو وضع عليها علامة كان ذلك دليلاً على القبول « راجع بودرى ص ١٦٠ »

وربما كان هذا هو سبب اغفال الشارع نقل حكم المادة ١٥٨٧^(١) فرنساوى لأنها داخلة في حكم المادة ١٤٩ وما بعدها

١٠٦٨ — قلنا إن الفقهاء يسمون هذا الباب بمخيار الرؤية وقد استبدل القانون حكم الرؤية بالعلم لأن الفقهاء أجمعوا على أن المراد بالرؤية هو العلم بالمقصود من المبيع . وأن كلمة الرؤية مستعملة بمعناها المجازى العام لا الحقيقى . لذلك فضل واضع القانون التعبير بكلمة العلم . إلا أن تعريفه جاء مع ذلك مبهماً . إذ كان الواجب عليه زيادة الإيضاح وأن يعبر بالعلم بأوصاف المبيع دفعاً للالتباس كما سبق فأوضحنا

فالمراد بالعلم في هذه المادة اذن هو معرفة ما اذا كان المبيع ملائماً للغرض المطلوب له أو غير ملائم . ولذلك تختلف طرق العلم بحسب كل شئ والغرض المقصود منه فيكون بالرؤية فيما يرى . وبالمذاق فيما يذاق كالزيت والشراب . وبالشم فيما يشم كالأزهار والراوئح العطرية . وبالسمع فيما يسمع كآلات الطرب وهكذا . إذ لا نزاع في أن مجرد رؤية « يانو » لا تفيد العلم بصوته لكن السمع يفيد . كذلك مشاهدة الخل والزيت لا تفيد العلم بجودته أو رداءته لكن مذاقه يفيد ذلك .

١٠٦٩ — ومحصل هذه القواعد أن العلم بالشئ يقع باستعمال آلة إدراكه . فلا يسقط حق المشتري في الخيار حتى يدركه (قارن في ذلك الزيلعى ص ٢٧ ج ٤) . ولهذا قال القانون إنه يجب على المشتري أن يعلم بالمبيع علماً كافياً ولا يكون العلم كافياً إلا بهذا

١٠٧٠ — قيد القانون علم المشتري بالعلم الكافى ليتناول نصه جميع طرق العلم

في تقييد
هذا العلم

(١) هذا هو نص المادة ١٥٨٧ فرنساوى : بالنسبة للتبذير والزيت والاشياء الاخرى التى جرت العادة بمذاقها قبل شرائها لا يتم البيع الا بعد أن يذوق المشتري طعمها ويرضى بها

كما بينا وأخذاً بأقوال الشرعيين من أنه يكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود من الشراء
« زيلعي ص ٢٦ ج ٤ وابن عابدين ص ٦٨ ج ٤ ومادة ٢٧٧ مرشد الحيران »
وذلك لأنه كثيراً ما تتعذر رؤية الأشياء المبيعة جميعها كأن كانت كبيرة المقدار
أو بعيدة عن محل التعاقد أو لأنها لم تصنع كاستصناع أقمشة على مثال عينة مخصوصة —
« ابن عابدين ص ٦٨ ج ٤ »

١٠٧١ — ويؤخذ من هذا القيد :

أولاً — أن العلم لا يكون كافياً إلا إذا استدل به المشتري على الغرض المقصود .
فإذا اشترى ورداً واشترط شراءه لاستخراج رائحته ولم يشمه بل رآه بالنظر فالعلم به
غير كاف لأنه لا يفيد الوقوف على المقصود ولا بد حينئذٍ من شمه . وبالعكس لو
كان اشتراه للزينة فرويته كافية في ذلك

كذلك لو اشترى سائلاً في زجاجة يتغير لونه بلونها فلا تكفي رؤية الزجاجة
ولا بد من رؤية السائل . وهكذا

ثانياً — إذا كان المبيع عدة أشياء فاما أن تكون مثلية أو قيمية : ١ — فان كانت
مثلية أى لا تتفاوت أحادها كالسكك والموزون (قمح . قطن . زيت . خل وهكذا)
فيكفي رؤية بعضها وهو النموذج أو العينة لجريان العادة بالاكتفاء ببعض في الجنس
الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى
كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام — زيلعي ص ٢٦ ج ٤ .

قال ابن عابدين ويدخل في ذلك ما لو كان المبيع أثواباً متعددة وهي من نمط
واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد فيكفي رؤية ثوب منها
إلا اذا ظهر أن الباقي أردأ . وذلك لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار . فاذا كانت
ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر
الأصبع ويلصقون القطعة في ورقة فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون
طول الثوب وعرضه معلوماً فاذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئي والمعلوم بلا

تفاوت بينها ينبغي أن يسقط خيار الرؤية لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددي المتقارب كالجوز والبيض اذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جورة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن — ابن عابدين ص ٦٩ ج ٤ .

والواقع انا نشاهد ذلك أيضاً فالتاجر يرى عينة القمح أو القطن ويشتري بمقتضاها . كذلك ترسل التجار من خارج القطر وداخله لزبائنهم برامج البضائع . وبها كما أشار ابن عابدين نموذجاً من القماش المعروض أو مثلاً من الأدوية وغيرها . فالعلم بهذا النموذج كاف للعلم بباقي الشيء ومسقط لحق خيار المشتري متى سلم اليه الشيء مطابقاً للعينة

٢ — اما ان كانت قيمة أى تفاوت افرادها في القيمة كالدواب فلا بد من رؤية افرادها واحداً فواحداً لأن رؤية بعضها لا يفيد العلم بالباقي للتفاوت إذ منها الهزيل ومنها السمين — زيلعي ص ٢٦ ج ٤ و مادة ٢٨٣ . مرشد الحيران

١٠٧٢ — وطرق العلم وكفايته تختلف باختلاف الظروف والأحوال وتقديرها موكل للقاضي . فاذا أريد شراء اسطوانات مثلاً فان كانت لمن واحد كان سماع واحدة منها كافياً وان كانت لمعتين متعددين وجب سماع كل اسطوانة على حدة حتى يحصل العلم الكافي بها

١٠٧٣ — أوجبت المادة ٢٤٩ على «المشتري» أن يكون عالماً بالمبيع ولم توجب ذلك على «البائع» أخذاً بأقوال الشرعيين الذين يعلنون ثبوت خيار الرؤية للمشتري باعتبار أنه يظن ما لم يره خيراً مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه . ولو أجز الخيار للبائع لرد المبيع باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثل ذلك . كما لو باع حيواناً على أنه معيب فاذا هو سليم فلا يثبت للبائع فيه الخيار وهو تعليل حسن معقول — زيلعي ص ٢٥ ج ٤

١٠٧٤ — نصت المادة ٢٤٩ على أنه يجب على المشتري أن يكون عالماً بالمبيع « بنفسه » أو « بمن وكله عنه في معاينته » وذلك أخذاً بقول الشرعيين من أن علم

في قصر هذا الحق على المشتري

في معاينة الوكيل

المشتري بنفسه يكون كعلمه بمن وكله عنه . يستوى في ذلك الأعمى والبصير
١٠٧٥ — ويجب أن يكون الوكيل وكيلًا في المعاينة كما هو ظاهر من نص المادة
«أو بمن وكله عنه في معاينته» . فخرج بذلك الوكيل باستلام الشيء المبيع فقط فروئته
أو معاينته لا تكفي ولا يترتب عليها سقوط الحق في الفسخ . وذلك لأن الوكالة
بالاستلام لا تستلزم الوكالة بالرؤية اذ الوكيل المذكور لم يملكها . والمعروف أن الانسان
قد يرسل خادمه أو مجرد رسول لاستلام الشيء ولكنه يوكل من يرى فيه الحصافة
في الرأي والخبرة بالأمر ليعاين الشيء الذي يريد شراؤه . فاذا أقدم على شراء
منزل أو آلة بخارية بعث مهندساً فنياً من الخبيرين بذلك ولكنه قد يبعث بأى
شخص للاستلام — قارن شرح الزيلعي ص ٢٨ ج ٤ .
وعلى كل حال يرجع لنص التوكيل لمعرفة حقوق الوكيل وما يلزم منها الموكل
وما لا يلزمه

المبحث الثاني — في حكم البيع بعد المشاهدة

١٠٧٦ — من المعلوم أن البيع إما أن يرد على شيء واحد أو على عدة أشياء .
وان كان على عدة أشياء فاما أن يكون بيعها جزافاً . أو بالكيل . أو بالقياس . أو الوزن .
أو العدد

١٠٧٧ — فاذا كان البيع وارداً على شيء واحد وعلم به المشتري بالكيفية السابقة
لزمته أحكام البيع ووجب عليه تنفيذ التعهدات الخاصة به

١٠٧٨ — اما ان كان البيع جزافاً وهو ما يحصل بغير حاجة لوزنه أو عدده أو
كيله لمعرفة مقدار المبيع وثمنه (لأن الثمن مسمى جملة واحدة والمبيع كذلك كبيع القمح
الموجود في مخزن البائع بمبلغ الف جنيه) ورأى المشتري بعضه أى عينة منه ولما سلم
اليه الباقي تبين له أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه فله أن يطلب الحكم بفسخ البيع
وليس له أن يطلب تنقيص الثمن أو تقسيم المبيع بأن يأخذ الجيد ويرد الردئ وذلك

في مشاهدة
بعض المبيع
جزافاً

منعاً لتفريق الصفقة اذ قد يترتب على امتبقاء البعض ورد البعض ضرر للبائع الذي ربما لا يمكنه ترويج البيعة إلا في الكل جيدها وورديتها ومنعاً للنزاع الذي ينشأ من جهة تقسيم الثمن اذ المشتري يطلب رد الجزء الرديء فلا يجب أن يكون ثمنه كالجيد

١٠٧٩ — اذا كان البيع بالكيل أو الوزن أو العدد فماذا يكون الحال لو رأى المشتري بعضه أو عينة منه ثم وجد الباقي متغيراً؟

في مشاهدة
بعض المبيع
بالكيل
أو الوزن

لا نزاع في أنه غير ملزم بأخذ الشيء المتغير لأنه إنما كان رضى بالبائع بالصفة التي رآها لا بغيرها ولكن هل يفسخ البيع في الكل أو يجوز للمشتري طلب التقسيم فيأخذ ما وافق العينة ويرد الباقي؟

نرى أن له التقسيم لأنه يمكن قسمة الثمن بحسب الأحاد ولأن العلة التي بني عليها طلب فسخ المبيع بأكمله في البيع الجزاف لا تتحقق هنا فواجب على البائع أن يسلم الصنف الموافق للعينة وليس له أن يتمسك بحصول ضرره من تبعضها . ألا ترى أن المشتري لو وجد القدر ناقصاً عما باع فلا يدفع غير ثمن ما اشترى وليس الحال كذلك في بيع الجزاف فإنه ملزم بدفع جميع الثمن ولو نقص المقدار عما قدره

على أن للقاضي أن يحكم بحسب قواعد العدل لعدم وجود نص صريح في القانون ١٠٨٠ — اذا حصل خلاف بين المتعاقدين على ما اذا كان الشيء المسلم موافقاً للعينة أو غير موافق فيرجع لتحقيق ذلك بواسطة خبير أو بغير ذلك من الطرق القانونية للثبوت . وهذا هو رأي الفقهاء أيضاً فقد قرروا بأنه لو كان النموذج موجوداً وادعى المشتري مخالفة الباقي له فإنه يعرض على من له خبرة بذلك ليتضح الحال — « ابن عابدين ص ٦٩ ج ٤ »

١٠٨١ — اذا ظهر عند تسليم المبيع أنه مغاير للعينة أو النموذج أو كان اردأ منها فما أن يكون التغير كثيراً أو قليلاً . فاذا كان كثيراً فهل يجوز فسخ البيع لوجود عيب خفي فيه؟

في جواز
استعمال حق
خيار العيب

نرى مع الفقهاء أن للمشتري خيار العيب اذا كان الاختلاف أو الرداءة يوصلان

الى حد العيب وله خيار الرؤية اذا كان الاختلاف أو الرداءة لا توصل الى اسم المبيع بل الدون — ابن عابدين ص ٦٨ ج ٤

وقد يجتمع الحقان معاً للمشتري اذا كان الشيء معيباً ووجده بحال لو كان رآه لامتنع عن شرائه فان له أن يستعمل الحقين — قارن ما ذكره ابن عابدين في هذا المصدد ص ٦٨

١٠٨٢ — لما كان حق الفسخ مبنيًا على عدم تحقق الرضاء فكل ما دل على في سقوط حق الفسخ الرضاء بالمبيع صراحة أو دلالة يترتب عليه سقوط هذا الحق — راجع مادة ٢٧٩ مرشد الحيران عبارة ثانية (١)

وقد أشارت الى ذلك العبارة الاخيرة من المادة ٢٥٠ ونصها : ويسقط حقه في طلب الفسخ اذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

وهذا هو السقوط دلالة . فاذا أجر المبيع او رهنه او باعه سقط حقه في طلب الفسخ . ولو اشترى أرضاً فأذن المستأجر أن يزرعها قبل أن يعلم بها فزرعها سقط كذلك حقه لأن فعله بأمره كفعله بنفسه — زيلعي ص ٢٥ ج ٤

ولو اشترى قطناً فخلجه أو قمحاً فطحنه أو ثياباً فخطأها سقط حقه أيضاً في طلب الفسخ لتغير الشيء عن حاله وتعذر رده بحالته الأولى اذا فسخ البيع — راجع مادة ٢٨٥ مرشد الحيران التي سبق ذكرها

اما السقوط صراحة فيكون بالتصريح بترك هذا الحق

١٠٨٣ — ويرجع في اثبات سقوط هذا الحق لقواعد الثبوت العامة فلا يقصر في اثبات سقوط الحق الحق التصريح بالترك على الحالة الواردة في مادة ٢٥١ لان الظاهر أن المراد منها حالة خاصة وهي ذكر العلم بالمبيع في العقد دون أن يرى المشتري في الحقيقة المبيع فاذا رآه ووجده غير موافق لغرضه حاول طلب الفسخ فأراد الشارع منعه من ذلك لأن ذكره في العقد أنه عالم بالمبيع دليل على أنه لا يعلق أهمية كبرى على معاينة الشيء ومشاهدته وإلا لما تنازل عن حقه في رؤيته

(١) هذا نص العبارة الثانية من المادة ٢٧٩ — ولا يتوقت خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه (أي المشتري) ما يبطله قولاً أو فعلاً أو يتعيب المبيع ونحو ذلك

١٠٨٢ — ولقد عني الشارع بذكر هذا النص لأن التصريح من المشتري قبل الرؤية بإبطال الخيار لا يترتب عليه سقوط حق المشتري في الخيار بحسب الشريعة الإسلامية

قال الزيلعي : ويطل خيار الرؤية بما يطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة وبعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وإن صرح به إلا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ

ولهذا لا يجب التفريق في هذا الموضع بين ما إذا كان التصريح قبل أو بعد الرؤية

١٠٨٣ — لكن لما كان من المعتاد أن يذكر العلم في عقود البيع بغير أن ينظر لما إذا كان المشتري أراد حقيقة التنازل عن هذا الحق أو لم يرد حفظ القانون للمشتري حقه في طلب إبطال البيع إذا أثبت تدليس البائع بأن احتال عليه حتى استكتبه العقود وذكر فيها العلم توصلًا لاسقاط حق المشتري في طلب البطلان وكان ذلك باطلاعه على عقود مكذوبة مثلاً أو غير ذلك من طرق الغش التي يوكل أمر تحقيقها إلى القاضي وإثبات التدليس جائز بكافة الطرق القانونية

١٠٨٤ — والمراد هنا أن يكون التدليس خاصاً بالحصول على إثبات علم المشتري

لاسقاط حقه في طلب البطلان بدعوى عدم العلم

أما التدليس المفسد للرضا بحسب أحكام المادة ١٣٦ فمانع من صحة الانعقاد لعلقه بأحد أركان العقد (التراضي) وقد يجوز أن يكون الرضاء صحيحاً والغش حاصلًا فقط بقصد إسقاط حق المشتري في دعوى البطلان لعدم العلم

لهذا نرى أنه كان يحسن بالشارع أن يعبر بالغش بدل التدليس منعاً للبس كما فعل في النص الفرنسي^(١) وبإطلاق هذه القاعدة أصبح حكم المادة موافقاً لرأي الشراح الفرنسيين من أن المشتري الذي له حق المذاق أن يتنازل عن حقه صراحة أو ضمناً والضمني كطلب أشربة من تاجر مقيم في جهة بعيدة عن الطالب فيحمل هذا على أنه أراد الشراب الذي يوافق الذوق المعتاد

(١) عبر الشارع بكلمة *dol* في مادة ١٣٦ وبكلمة *fraude* في مادة ٢٥١ مدني أهلي

المبحث الثالث — في اشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه

١٠٨٥ — البيع في الشريعة لا يلزم وإن ذكر جنسه ووصفه بل كان للمشتري في جميع الأحوال رده ما لم يكن سقط حقه في الرذ صراحة أو دلالة وقد قيد القانون ذلك في مادة ٢٥٢ نظراً لمقتضيات الزمان وما تستدعيه الأعمال التجارية من السرعة فجعل بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حاله لمعرفة ما اذا كان مطابقاً للأوصاف المطلوبة أو غير مطابق يقوم مقام الرؤية وحينئذ يتحقق غرض المشتري ولا يضيع عليه ما يريد من الأوصاف المرغوبة التي له أن يبين مراده منها

ونفس الشرعيين قد ذهبوا هذا المذهب في بيع السلم فاعتبروا أن الوصف يقوم مقام الرؤية حتى لا يكون للمشتري فيه خيار رؤية بعد ما وصف له — « راجع زيلي ص ٢٨ ج ٤ »

فقياساً على هذا وضع القانون قاعدته لأنه قد يتأني أن يبيع الإنسان ما ليس عنده وقت البيع كقطن لم ينبت أو يستحضره من زارعيه أو يبيع الإنسان شيئاً بعيداً بحيث يتعذر رؤيته في الحال كبيع منزل بباريس مثلاً وهذا ما جرى عليه العرف فان المتعاقدين يبنان في العقد أوصاف المبيع بياناً تاماً

كذلك قد يتفق أن يشتري شخص عقاراً يباع بالمراد قبل أن يراه ارتكناً على بيان حاله وأوصافه في اعلانات البيع فاتقاء لطلبه الفسخ بعد رسو المزداد بدعوى عدم العلم وضع القانون هذا النص لأن ذكر هذه البيانات كاف وكافل لأن يعرف الشخص ما يشتري

ولا نزاع في أن بيان القدر والوصف مخصص للبيع عن أنظاره وأشباهه وناف لما قد يتضرر منه المشتري بعد ودال على أنه لو كان يعني بالرؤية لذاتها لما تنازل عن حقه ولما اشترى شيئاً قبل أن يراه

المبحث الرابع — في البيع للأعمى

١٠٨٦ — لما كان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه ولذلك يختلف باختلاف الأشياء ففيما يرى يكون بالرؤية وفيما يذاق يكون بالذوق وفيما يشم يكون بحاسة الشم ولما كان الأعمى مشتركاً مع البصير في جميع الحواس إلا حاسة النظر كانت معرفة حقيقة المبيع بكل طريق غير الرؤية بالنظر تجعله عالماً بالمبيع لأنها تفيد العلم في الأشياء التي تعلم بالذوق فذاقها أو بالشم فشمها أو باللمس فحسها سقط فيها خياره واعتبر البيع صحيحاً لأنه علم بها بالطريق الموضّل لمعرفة حقيقتها

وقد قرر الشرعيون أنه يسقط خيار الأعمى أيضاً في شراء العقار بوصفه لأنه لا سبيل الى معرفته إلا به ولأن الوصف يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما نصت عليه المادة السابقة فكذا في حق الأعمى — راجع زلمى ص ٢٨ ج ٤

١٠٧٧ — أما في الأشياء التي لا تعرف إلا بالمعاينة (أى الرؤية بالنظر) فوجب أن يعلم بها بواسطة وكيل يعينه لذلك نفيًا للضرر الذي يلحقه كما بيناه آنفاً

١٠٨٨ — مما تقدم يرى أن ذكر المادة الخاصة بصحة بيع الأعمى جاءت تفريراً على القاعدة العامة وتطبيقاً لها لا أن الشارع عني بذكرها بالنسبة لكثرة العميان في مصر كما يزعم مسيو جرانمولان — راجع كتابه في العقود ص ٤ فقرة ١٠

المبحث الخامس — في الفرق بين العلم بذات العلم والعلم بأوصافه

١٠٨٩ — قلنا فيما تقدم إن المقصود بأحكام هذا الموضوع هو العلم بأوصاف المبيع لأن الشرعيين يفرقون تفريقاً تاماً بين أحكام المبيع وأحكام العلم بوصفه وعلى أثرهم سار الشارع المصري في هذا الصدد

فتكلم على شروط المبيع في مادة ٩٥ واشترط أنه اذا كان الغرض من التعهد اعطاء شئ وجب أن يكون ذلك الشئ مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع

وأن يكون صنفه مبيعاً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال ثم خصص المبيع بالشروط الخاصة به فقرر أن البيع لا ينعقد فيما لا قيمة له يمكن تقديرها ولا فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه وهكذا من الشروط التي أوردها في الفصل الثالث وعنوانه فيما يباع

١٠٩٠ — وقد هذه الشروط يمنع انعقاد البيع (قارن مادة ٢٠٧ مرشد الحيران)^(١) أما فقد شرط العلم بالوصف فيترتب عليه عدم لزوم البيع لا عدم صحته كما قدمنا

١٠٩١ — والعلم بالوصف لا يكون إلا في الأعيان المعينة أما الديون فلا يثبت فيها لأنها مثلية ولا يتحقق فيها قوات الوصف وحصول الضرر

١٠٩٢ — وكل ما تحقق فيه عدم قوات الوصف سقط فيه حق العلم كسواء سندات أو أسهم ولكن لا يسقط حق الإبطال لخلل في الرضاء لأنه أحد أركان التعاقد

١٠٩٣ — يستنتج من كل ما تقدم أن حق الطعن بعدم العلم قد يحصل في بيع صحيح حائز لجميع أركانه الشرعية وأنه قد يوجد مع وجود أوجه بطلان أخرى كفقده أحد الأركان الشرعية للتعاقد أو لوجود عيب خفي فيه

والأولى أن يطلب الحقان معاً إذا توفرت شروطهما ولا يقتصر على طلب البطلان بعدم العلم إلا إذا لم يكن وجبه لطلب الفسخ لسبب آخر لأن أحكام العلم بالوصف قلما تتوفر

(١) هذا هو نص المادة ٢٠٧ مرشد الحيران

إذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشاراً إليه فإن اختلاف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وإن اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويجوز العاقد لقوات الوصف أن شاء أمضى العقد وإن شاء نقضه

فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمراً فظهر أصفر صح البيع والمشتري بالخيار بين امضائه وفسخه

الفصل الثامن

في أحكام البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٦٦ أهلى — يترتب على البيع الصحيح ما هوآت

أولاً — انه بمجرد عقده ينقل ملكية المبيع الى المشتري بالنسبة للمتعاقدین ولن ينوب عنهما كوارث أو دائن سواء كان المبيع عيناً معينة أو حقاً معيناً أو مجرد حق متى كان مملوكاً للبائع وينقل أيضاً الملكية فى الشيوع اذا كان المبيع حصة شائعة

ثانياً — انه يلزم البائع بتسليم المبيع للمشتري وبضمانه عدم منازعته فيه

ثالثاً — انه يلزم المشتري بدفع الثمن وينشأ عن البيع أيضاً على حسب الأحوال ان يكون المبيع فى ضمان المشتري مادة ٣٣٦ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣٣٢ مرشد الخيران — حكم البيع المنعقد صحيحاً لازماً أن يثبت فى الحال ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع فينتقل ملك المبيع للمشتري ولورثته ان مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً أو جزءاً شائعاً من المنقول أو العقار أو حقاً من حقوقه مادة ٣٣٣ منه — يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور :

الأول — الزام المشتري بدفع الثمن ان كان المبيع حاضراً والثمن من النقود وتأديته حالا ان كان حالا أو عند حلول الأجل ان كان مؤجلاً

الثانى — الزام البائع بعد قبضه الثمن الحال بتسليم المبيع للمشتري فلو كان الثمن مؤجلاً ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن

الثالث — ضمان البائع الثمن للمشتري ان استحق المبيع بيئته أو اقرار المتعاقدين أو هلك فى يد البائع أو استهلك بغير فعل المشتري أو بفعل أجني واختار المشتري فسخ البيع الرابع — ضمان المشتري ثمن المبيع اذا قبضه قبل دفع الثمن

والبيع الصحيح هو البيع الجائز المشروع ذاتاً ووصفاً

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٣ منه — يتم البيع بين المتعاقدين وتنتقل الملكية فى الحال للمشتري من البائع

متى اتفقا على البيع وثمنه ولو لم يسلم البيع
أو يدفع الثمن

مادة ١٦٠٣ منه — يلتزم البائع بالتزامين
أصليين: التزامه بتسليم المبيع والتزامه بضمانه
مادة ١٦٥٠ منه — والالتزام الأصلي
المرتب على المشتري هو دفع الثمن في اليوم
والمكان المتفق عليهما في البيع

١٠٩٤ — عن القانون يجمع أحكام البيع في المادة ٢٦٦ أهلى بصفة عامة بياناً
للآثار المترتبة على البيع من حقوق والتزامات بطريقة إجمالية ثم أتى على تفصيل
القواعد الخاصة بكل حكم في فرع على حدته وإنا لمتقنون أثره في شرحها على
الوجه الآتى

فالأحكام التى تترتب على البيع الصحيح بكيفية عامة هى : —

الحكم الأول — نقل الملك

الحكم الثانى — جعل الهلاك على البائع أو المشتري بحسب الأحوال

الحكم الثالث — التزام البائع بتعهدين أصليين وهما : — ١ — تسليم المبيع

للمشتري ٢ — ضمانه عدم منازعته فيه

الحكم الرابع — التزام المشتري باستلام المبيع ودفع الثمن

الفرع الأول — حكم البيع فى انتقال الملك

عموميات

١٠٩٥ — نقل الملك هو الحكم الحقيقى للبيع أما باقى التعهدات التى سنتكلم
عليها فهى تابعة له أو من نتائجها

وهذا حكمه فى الشريعة الإسلامية والشريعة الفرنسية. فالفقهاء يقسمون أحكام

البيع الى أحكام بعضها أصل وبعضها من التوابع .

ويتكلمون على الحكم الأصلى فى موضعين : فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفة.

أما الأول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن للحال
وأما بيان صفة الحكم فله صفتان : أحدهما اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين
بالفسخ والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في البديلين للحال لأنه تملك بملك —
» بدائع الصنائع ص ٢٣٣ ج ٥ »

على أن القانون الفرنسي لم يشر لهذا الحكم في مادة ١٦٠٣ التي عدد فيها
التزامات البائع وعلل ذلك بعضهم باكتفاء الشارع ببيان هذا الحكم في مادة ١٥٨٣
فرنساوي فلم يرَ فائدة من تكراره في مادة ١٦٠٣ حيث ينقضى هذا الحكم في الوقت
الذي ينشأ فيه إذ أن نقل الملك يحصل من نفسه بمجرد انعقاد البيع
ولكن القانون المصري لم ينهج منهجه لأن نقل الملك هو الغرض المقصود من البيع
ويترتب عليه نتائج تختلف باختلاف أنواع البيوع ان كانت معينة بالذات أو بالنوع .
بأية أو معلقة على شرط . وباختلاف أصحاب الشأن في العقد من متعاقدين أو غيرهم
من ذوي الفائدة فيه . لهذا يبين حكم نقل الملكية في فرع على حدته فتكلم أولاً على
نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين وعلى وقت حصوله تبعاً لما اذا كان المبيع معيناً بالذات
أو بالنوع . باتاً أو معلقاً على شرط . ثم نقله بالنسبة للغير

١٠٩٦ — ويؤخذ من أحكام القانون أن البيع يفيد الملك بمجرد التعاقد فيترتب
عليه للحال نقل الملك من البائع الى المشتري . يستوى في ذلك أن يكون المبيع حق
ملكية أو أى حق من الحقوق المنفردة عنها كحق الانتفاع أو الارتفاق . حقاً معيناً
أو شائعاً . حقاً مادياً أو معنوياً (أى مجرد حق)

١٠٩٧ — وأن الملك ينتقل من نفسه بالبيع بغير احتياج لاجراءات أخرى
كال تسليم مثلاً أو غيره من الطرق التي كانت متبعة في عهد القانون الروماني^(١) وبعض
القوانين الأوروبية القديمة

فتم التعاقد واستوفت أركان البيع وشرائط صحته انتقل الملك من تلقاء نفسه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٣ والتعليق عليها

فيخرج من ملك البائع ويدخل في ملك المشتري ولهذا قال القانون إن البيع « بمجرد عقده » ينقل ملكية المبيع الى المشتري وعلى ذلك يصير المشتري مالكا للمبيع ولو بقي في حيازة بائعه . ومزية ذلك ان له أن يتصرف فيه بسائر التصرفات الجائزة لكل مالك من رهن أو بيع أو هبة وغيرها ولا استثناء لذلك إلا حالة اتفاق المتعاقدين على جعل البيع قاصراً على مجرد التعهد بنقل الملكية (١)

١٠٩٨ — وحكم المادة ٢٦٦ أهلى من جهة نقل الملك هو فى الواقع تفريع على الحكم العام الوارد فى مادتي ٩١ و ٤٥ أهلى والذي يستفاد منها أن :
أ — البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العاديين

ب — ولكنه لا ينقله إلا إذا كان المبيع مملوكاً للبائع فإذا كان المبيع غير مملوك له فالملك لا ينتقل لوجود عائق وهو عدم القدرة الشرعية على نقل ملك الغير وعدم جواز سلبه حقه وتمليكه للمشتري بغير رضائه وهى قاعدة مؤيدة بحكم المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) التى قضت بىطلان بيع ملك الغير
ج — وينقل الملك ولو كان المبيع مشاعاً
والغرض من هذا النص بيان حكم البيع المشاع بعد أن أجازته الشارع فى مادة ٢٦٠ أهلى (٣٢٧ مختلط)

والظاهر أن الشارع عني بذكر حكم البيع المشاع رفعا لما عساه يتسرب الى الذهن من الخلاف القائم فى شأنه عند الفقهاء فانهم يفرقون بين ما يترتب على بيعه مشاعاً ضرر للشريك وما لا يترتب وبين ما اذا كان البيع لشريك أو لغيره فقرر القانون أن بيع المشاع ناقل للملك على العموم (٢)

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٧ و ٧٢٠

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦٥

. ونفس هذا الباعث هو الذى دفعه على بيان حكم البيع فى الحقوق المعنوية
(مجرد الحقوق)^(١)

١٠٩٩ — قلنا فى الفقرة السابقة إن البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالتسبة
للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما بصفة عامة وذلك فى الحقيقة تطبيق للقواعد العامة
الخاصة بتأثير العقود وأحكامها الواردة فى باب التعهدات

فمن المقرر أن المشارطات لا تلزم غير عاقدتها ولا يترتب عليها ضرر للغير أى أن
حكمها نسبي لا مطلق

١١٠٠ — ويقصد بالمتعاقدين من يتعاقد بنفسه أو بنائب عنه كالولى والوصى
والوكيل — بلانيول فقرة ١١٧٢ ج ٢

١١٠١ — ويعتبر فى حكم المتعاقدين جميع أصحاب الحقوق العامة وهم الذين
يتلقونها بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العاديين^(٢) (وفى فرنسا الموصى لهم بكافة
الأموال) فانهم يتأثرون بالعقود الصادرة ممن تلقوا عنه الحق فينالهم نفعها ويصيبهم
ضررها — مادة ١٤١ و ١٤٢ أهلى (٢٠٢ و ٢٠٣ مختلط)

والمراد بالدائنين هنا الدائنون العاديون وهم فى الواقع لا يتلقون حقاً كالوارث وإنما
منشأ حقهم الضمان العام الذى منحه لهم القانون على عموم أموال المدين وكان من
نتيجته أن أجاز لهم إقامة الدعاوى التى تنشأ عن مشارطات المدين أو أى نوع من
أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الشخصية (مادة ١٤١ و ٥٥٥ أهلى) فلم يكن لهم من
حق خاص^(٣)

وقد صرحت بذلك مادة ٩٢. فقالت إن التعهد بإعطاء حق عيني على عقار أو

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦٢ وما بعدها وإن عابدين ج ٤ ص ١٤

(٢) انظر فيما يتعلق بأصحاب الحقوق العامة والخاصة وتأثير العقود عليهم بلانيول ج ١
فقرة ٣٠١ وما بعدها وج ٢ فقرة ١١٧٢ وما بعدها

(٣) انظر بلانيول ج ١ فقرة ٣

منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقاري والحبس على أنه يستثنى من ذلك الأفعال الصادرة من المدينين بقصد الإضرار بدائتهم فإنها لا تؤثر عليهم ولا تلزمهم أحكامها ويكون لهم حق خاص في طلب إبطالها —

« مادة ١٤٣ أهلى (٢٠٤ مخطوط) وبلايول ققرة ١١٧٥ ج ٢ »

١١٠٢ — أما الدائنون الذين منشأ دينهم رهن الحياة أو الرهن العقاري فهم أصحاب حق خاص وضمان دينهم ضمان عيني ولا ينالهم ضرر من تعهدات مدينهم التي يكون محلها الأشياء المرهونة متى كانوا حافظين حقوقهم طبقاً للقانون أى سجلوا عقودهم لأنهم يعتبرون من غير المتعاقدين بالنسبة لجميع الأعمال التي تصدر من الراهن بعد الرهن — بلايول ققرة ٣٠٥ ج ١ ومادة ٩٢ و ٦١١ و ٦١٥ أهلى

١١٠٣ — مما تقدم يرى أن نقل الملك يهم كثيراً ممن يكونون أجانب عن العقد وهم المصطلح على تسميتهم « بالغير » وذلك لأن الملكية حق عيني يحتاج به على الكافة و«الغير» يحتاج دائماً لمعرفة المالك الحقيقي للعين كما أراد التعامل بشأنها كشرائها أو إرثانها . فالشراء لا يصح إلا من المالك الحقيقي والعين المرهونة اذا لم تكن مملوكة للمدين ضاع على الدائن الضمان الذي أعدّه لوفاء دينه

حكمة
نظام العلانية

لهذا أوجدت الشرائع الحديثة نظام العلانية وقررت تسجيل العقود والأحكام التي يترتب عليها التملك والتملك وصرحت بأن يعطى لكل طالب كشفاً عاماً أو خاصاً بالتسجيلات أو شهادة بعدم وجودها — مادة ٦٣٦ أهلى (٧٦٧ و ٧٦٨ م)

١١٠٤ — وقد ترتب على ذلك أنه يجب على من يبحث في ملكية شيء أن

ينظر اليه من وجهين :

الوجه الأول — نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين

الوجه الثانى — نقله بالنسبة للغير

إذ الأصل أن الملك كان ينتقل بالبيع في حق كل إنسان سواء كان من المتعاقدين أو من غيرها . فلما أدخل نظام التسجيل استدعى ذلك أن الملك لا ينتقل للغير إلا

من تاريخ التسجيل أى من وقت العلانية واشهار العقد فهو الوقت الذى يتمكن فيه الغير من معرفة ما اذا كانت حصلت تصرفات على العين أو لم تحصل . فيرى من ذلك أن استمرار القاعدة الأصلية كان متعذراً وإلاّ عدم مفعول التسجيل . وعلى هذا قرر القانون من باب الاستثناء فى العقارات خاصة بأن الملكية لا تنتقل بالنسبة لغير المتعاقدين إلاّ بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوق الغير مبنية على سبب صحيح ومحفوظة قانوناً ولا يعلمون ما يضر بها — مادة ٤٧ و ٢٧٠ أهلى (٦٩ و ٣٤١ م)

١١٠٥ — وهذا الاستثناء خاص بالعقارات أما فى المنقول فالبيع ناقل للملك

بمجرد التعاقد بالنسبة للمتعاقدين كما ينقله بالنسبة للغير — دوللى فقرة ١٢٨ بيع ج ٤

١١٠٦ — فإذا بيع منقول لشخصين على التوالى فضل المشتري أولاً لأنه

فى حكم بيع
المنقول مرتين

اشترى من مالك أما الثانى فشراؤه باطل لأنه اشترى من غير مالك حيث خرج

المبيع من ملك البائع بالبيع الأول ومعلوم أن بيع ملك الغير باطل

ولكن يظهر لأول نظرة أن نص المادة ٤٦ مدنى أهلى يتعارض مع هذا الرأى

فانه يقضى بأن ملكية الأموال المنقولة تنتقل باستلامها بناءً على سبب صحيح ولو لم

تكن ملكاً لمن سلمها متى كان المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم

والواقع أن لا تعارض فبالبيع الأول زالت ملكية البائع عن المبيع حقيقة وأصبح

المشتري مالكا وله المطالبة بجميع أحكام البيع من تسليم وضمان والتصرف فيه

بسائر التصرفات والبائع حينما باع مرة ثانية باع ملك الغير ولكننا قدمنا أن بيع ملك

الغیر وان كان باطلاً إلاّ أن له مفعولاً وتأثيراً من جهة اعتباره سبباً صحيحاً للتملك

بوضع اليد — انظر فيما سبق فقرة ٥٢٧ وما بعدها

ومعلوم أن تملك المنقول يحصل فى الحال بمجرد الحيازة وحسن النية (مادة ٦٠٧

أهلى) فإذا كان المشتري الثانى وضع يده على المنقول بحسن نية صار مالكا له فلم يكن

منشأ ملكيته البيع الصادر من البائع وإنما منشؤه التملك بوضع اليد المؤقت ولهذا وجب

أن يكون حسن النية — راجع بودان فقرة ١٦٠ ص ١١٠ كتاب البيع والابارة

وعلى هذا تستقيم القاعدة الأولى في حالة تساوى مشتريين في عدم الحيازة فانه يفضل المشتري أولاً أما اذا حاز ثانيهما المبيع فضل بناء على حيازته التي تملكه المبيع للحال اذا كان حسن النية — مادة ٦٠٨ أهلى

فان كان سبب النية أى يعلم بسبق بيع المنقول فضل كذلك المشتري أولاً ويترتب على كون المشتري الأول أصبح مالكا أنه لو ضاع المبيع أو سرق فهو الذى يكون له حق استرداده عملاً بنص المادة ٤٦ أهلى وعليه أداء الثمن للمشتري فى الأحوال المنصوص عليها فى مادة ٨٧ أهلى

تلك هى الملاحظات العامة فلتكلم الآن على الأحكام الخاصة بنقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ثم تتبعه بالأحكام الخاصة بنقله بالنسبة للغير

المبحث الأول — فى انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين

١١٠٧ — نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين إما أن يتم فى الحال أو يؤجل الى وقت التسليم تبعاً لما اذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع . وعلى ذلك لمعرفة حكم انتقال الملك بالنسبة للمتعاقدين ينظر للمبيع :

١١٠٨ — فان كان معيناً بالذات كبيت معين أو قطعة أرض معينة انتقلت الملكية من وقت التعاقد ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً فى عقد البيع لأجل معلوم — مادة ٣٦٧ أهلى و ٣٢٧ مختلط

نقل الملك فى
الشيء المعين
بالذات

وهذا هو المبدأ العام لسائر التعهدات فان الأجل المضروب للتسليم لا يترتب عليه تأجيل نقل الملك

ولذلك أشارت المادة ٢٦٧ أهلى (٣٣٧ مختلط) الى حالة افلاس البائع بعد البيع وقبل التسليم فقرر القانون ان للمشتري الحق فى استيلائه على المبيع لأنه خرج من ملك البائع بالبيع وأصبح مملوكاً للمشتري له حق وضع يده عليه والتصرف فيه وهذا الحكم متفرغ على النص العام الوارد فى باب التعهدات فى مادة ١١٨ أهلى

قد أجازت للدائن أن يضع يده على الدين إذا كان عيناً معينة ومملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكها له بعده ولم يكن لأحد حق عيني عليها . والواقع ان حق الملكية حق عيني يجعل لصاحبه الحق في أن يتبع محله اتي وجد ويتقاضاه من كل انسان فأولى أن يأخذه من البائع ولو على الرغم منه

١١٠٩ . وفي ظننا ان هذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية فقد نصت مادة ٣٧١ مرشد الخيران على أنه اذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشتري فالمشتري أحق به من سائر الغرماء وله أخذه ان كانت عينه قائمة أو استرداد الثمن ان كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته

ويعلل الشرعيون وجه تفضيل المشتري على سائر الغرماء بأنه ليس للبائع حق حبس المبيع في حياته بل للمشتري جبره على تسليمه ما دامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضاً اذ لا حق للغرماء فيه بوجه لأنه أمانة عند البائع وان كان مضموناً بالثمن لو هلك عنده — ابن عابدين ج ٤ صحيفة ٤٦

١١١٠ — ويستفاد مما تقدم أنه لو هلك المبيع فالمشتري استرداد الثمن بأكمله وهذا ما يجب الأخذ به في القانون المصري لأن الملاك على البائع قبل التسليم كما سيحكي

وكل ما تكلمنا عنه في حالة الافلاس لا يصدق الا في حالة ما اذا كان المبيع معيناً بالذات أما اذا كان معيناً بالنوع فالملكية لا تنتقل الا بالتسليم وقد أفلس البائع قبل حصوله — ملحوظة سيحكيء الكلام بعد على حالة افلاس المشتري

١١١١ — اذا كان الشيء معيناً بنوعه فلا تنتقل الملكية الا بتسليم المبيع للمشتري — مادة ٢٦٨ أهلى و ٣٣٨ مخطط

نقل الملك في
الاشياء المعينة
بنوعها

وتلك هي القاعدة في الشريعة الإسلامية والشريعة الرومانية وعلة ذلك عدم تمييز المبيع وفرزه فذلك لا يحصل عادة الا بالتسليم . مثال ذلك بيع كمية معينة من القطن على ذمة توريدها من المحصول المقبل — مخطط ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ بورلى

فالفرق بين المبيع المعين بنوعه والمعين بذاته يرجع الى مسألة تمييزه . والواقع أنه لا اعتبار شخص مالكا يجب أن يكون محل الملك محددًا ومعينًا والّا فلا شيء يرد عليه حق الملك . فالإنسان يكون مالكا لغرارة قمح مفروزة أو بالة قطن معينة ولكن اذا نظر لصنف الشيء فقط فلا يمكن القول بأنه مالك له

على ان الشيء المعين بنوعه قد يصير معينًا بذاته وعلى ذلك ينتقل الملك في الحال كما هو الحاصل في البيع جزافاً — مادة ٢٤٠ اهل. و ٣١٦ مختط

كذلك لو تحدد المبيع المعين بنوعه قبل التسليم من جهة مكانه أو بإشارة خاصة مميزة كوضع علامات المشتري على بالة القطن أو تعليم الخراف في القطيع والأشجار في الغابة فانها تصبح معينة بذاتها وينتقل الملك من وقت التعاقد

ويقول مسيو دو هلس ان الملك لم ينتقل في حالة بيع الأشياء المعينة بنوعها لنقص أحد الشروط اللازمة لاتمام البيع والبيع التام هو الذي ينقل الملك

١١١٢ — اذا كان البيع بخيار التعيين فالمبيع لا يعين الاً بالاخيار الذي يحصل من له حق الخيار سواء كان البائع أو المشتري وعلى ذلك لا تنتقل الملكية الاً بحصول الاختيار المذكور — دو هلس فقرة ١٢٢ بيع ج ٤

في البيع بخيار
التعيين

١١١٣ — اذا كان المبيع معيناً وكان مقداره فقط غير معين (جميع القمح الموجود في مخزن مخصوص) تنتقل الملكية في الحال . أما اذا كان المبيع غير محدد ومعين (كمقدار مخصوص من القمح الموجود في مخزن معين) فالوزن لازم لتحديد المبيع يعني أنه يجب بيان القمح الذي يصير مملوكاً للمشتري من القمح كله . وحينئذٍ لا ينتقل الملك الاً من وقت الوزن — دو هلس فقرة ١٢٣ بيع ج ٤

في البيع جزافاً
أو بالكيل
والوزن

وعلى كل حال يرجع للتفصيل الذي يناه في البيع بالكيل أو الوزن والبيع جزافاً فتى اعتبر البيع صحيحاً اعتبرت الملكية متقلة — راجع فيما تقدم فقرة ٨٠٠ وما بعدها

١١١٤ — وتقريراً على القواعد العامة الواردة في باب التعهدات أشارت مادة ٢٦٩ اهل (٣٣٩ مختلط) الى أحكام البيع المعلق على شرط وينت ان حكم

في البيع المعلق
على شرط

البيع يستند الى الماضى اذا تم الشرط فقررت بأنه اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين تنتقل ملكية المبيع للمشتري من حين العقد

وإذا كان البيع معلقاً على أمر ووقع فيما بعد (أى معلقاً على شرط موقوف) فيعتبر المبيع ملكاً للمشتري من تاريخ العقد

ففى البيع بالشرط الموقوف لا تنتقل الملكية قبل وقوع الشرط وإذا وقع فحكم البيع يرجع لتاريخ التعاقد — راجع فيما تقدم فقرة ٧٦٢

١١١٥ — والبيع بالتجربة بيع معلق على شرط موقوف . وهو ان الشيء يوافق في بيع التجربة المشتري فان اتفق على جعله معلقاً على شرط فاسخ انتقلت ملكيته فى الحال للمشتري « دولس فقرة ١٢٤ »

١١١٦ — اذا طلب تاجر من الاسكندرية بضاعة من تاجر آخر مقيم بلقربول ^{فى نقل ملكية} ^{البضاعة المرسلة} ^{بطريق} ^{البحر أو البر} ففى أى وقت يعتبر المشتري مالكا للبضاعة المرسلة اليه ؟ هل يعتبر مالكا من وقت القيام أو الوصول أى من وقت تسليم البضاعة لقبطان المركب التى سلمت اليها البضاعة لنقلها أو عند وصولها الى المشتري باسكندرية

وأهمية المسألة تظهر فى حالة هلاك المبيع ومصاريف النقل وحالة افلاس البائع فان للمشتري أن يستولى على المبيع ولو حصل الافلاس قبل التسليم نصت المادة ٩٤ تجارى أهلى (٩٩ مختلط) على أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك وتكون على البائع فى الحالة الثانية

والجواب أن الحل يتعلق بقصد المتعاقدين فملكية البضاعة تنتقل للمشتري عند الارسال اذا اشترط أن تسليمها يكون بمحل البائع وهو ما يحصل عادة فى البيع المشرط فيه تسليم السفينة أو خالص لحد المينا^(١)

وعند السكوت عن بيان مكان التسليم فيعتبر حصوله بمحل البائع أى يكون

التسليم عند الإرسال كما يؤخذ من مادة ١٧٠ أهلى (٢٣٣ مختلط) وفي هذه الحالة فإن القبطان أو أمين النقل ينوب عن المشتري في الاستلام والبضاعة تعد مدينة ومحددة تحت يده والملكية تنتقل من البائع للمشتري

١١١٧ — أما إذا اشترط أن التسليم يكون عند تفريغ البضاعة^(١) وهو ما يعبر عنه في بعض الأحيان بأن البضاعة تكون تسليم ميناء الورود^(٢) فيبقى المبيع مملوكا للبائع لحين الوصول

١١١٨ — والبائع الذى يدخل في ثمنه أجرة النولون والمصاريف والتأمين^(٣) يعتبر من باب الدلالة أن البضاعة مشترط تسليمها عند شحنها وعلى ذلك ينتقل الملك للمشتري من ذلك الوقت ويكون خطرهما في البحر عليه — المحكمة المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ سنة ١٦ ص ١٦٧

ولكن البائع يكون مكلفاً بدفع ثمن النقل وقيمة التأمين على البضاعة

١١١٩ — هل يجوز قانوناً للبائع أن يشترط حفظ الملكية له لحين دفع الثمن في استبقاء الملك لحين دفع الثمن بأ كله بالرغم من تسليمه للمشتري. وهذا البيع كثير الحصول في بيع العقارات بأقساط تدريجية فيذكر في الشروط بأن وضع يد المشتري ليس إلا بصفة مستأجر وذلك لحين دفعه آخر قسط. وغرض البائع من ذلك الاحتياط لحالة بيع المشتري ما اشتراه أو افلامه أو اعساره

نص القانون الألماني في مادة ٤٥٥ على صحة هذه البيوع ولا مانع من جوازها قانوناً لأنها لا تخالف النظام العام ولو أنها تؤدي لبعض المضار والعوائق العملية — « جرائمولان فقرة ٥٣ كتاب العقود »

١١٢٠ — بحسب نص المادة ٣٤٠ مختلط لا تمس حقوق المرتهنين الأجانب في حقوق الاجانب الصادرة لهم من مالك بشرط فاسخ أو بموقف اذا وقع الشرط المبطل للملك الراهن

(١) *Livvable au déchargement*

(٢) *franco au bord de destination*

(٣) *La vente caf ou cif par abréviation des mots coût, fret, assurance.*

وتبين أنهم كانوا يجهلون ان الراهن لم كان مالكا بشرط فاسخ أو باع العقار
بشرط موقف

وحيث أغفل الشارع هذا النص في القانون الأهلى فهو لا يسرى على البيع بين
الوطنيين — دوهلى فقرة ١٢٥ بيع ج ٤

المبحث الثانى — فى نقل الملكية بالنسبة للغير

١١٢١ — بعد أن بينا حكم البيع بالنسبة للمتعاقدین يجب أن نبين حكمه بالنسبة
للغير أى نبين علاقة كل من العاقدین بالنسبة لمن كان أجنبياً عن العقد ولم يشترك فيه .

١١٢٢ — وأول ما يلاحظ أن القانون فرق فى هذا المقام بين بيع المنقول وبيع
العقار . وفى بيع المنقول لا تشترط العلانية (التسجيل) لنقل الملك بالنسبة للغير
المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه — كما هى الحال بالنسبة لبيع العقار — اذ الملك
يثبت فى المنقول فى حق كل انسان بميازته المترتبة على سبب صحيح واعتقاد سليم
« مادة ٦٠٧ أهلى و ٧٣٣ مختلط »

ولا استثناء لذلك الا ما أوردناه قبلاً من تأثير قاعدة الحيابة دليل الملك —
« راجع فقرة ١١٠٦ المتقدمة »

١١٢٣ — أما فى بيع العقار فالملكية لا تنتقل بالنسبة للغير من ذوى الفائدة
فيه الا بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوق ذلك الغير مبنية على سبب صحيح واعتقاد
سليم ومحفوظة قانوناً — راجع مادة ٢٧٠ أهلى و ٣٤٠ مختلط

وتلك هى الشروط اللازمة لنقل الملك بالنسبة للغير وهى تفيد أن للغير معنى
خاصاً وقيوداً خاصة يجب توفرها حتى يجوز له التمسك بعدم التسجيل . وللتسجيل فوائد
خاصة يجب اتباعها حتى يجوز التمسك به قبل الغير وهذا ما سنتكلم عليه تفصيلاً

١١٢٤ — فالمراد بالتسجيل فيما يتعلق بنقل الملك هو نسخ صورة السند أو المراد بالتسجيل
الحكم حرفياً فى الدفاتر المعدة لذلك بالمحاكم — ٦٢٩ أهلى و ٧٦٠ مختلط

١١٢٥ — والتسجيل يكون بناءً على طلب أولى الشأن الآ في الأحوال التي ينص القانون على وجوب التسجيل فيها بمعرفة كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بغير طلب (مادة ٦٢٨ أهلى و ٧٥٩ مختلط)

١١٢٦ — ودفاتر التسجيل تحت تصرف الجمهور ولكل شخص الاطلاع عليها وطلب كشف عام أو خاص بالتسجيلات

وعلى كاتب المحكمة أن يعطيه الكشف المذكور أو يعطيه شهادة بعدم وجود تسجيل بالدفاتر — مادة ٦٣٦ أهلى و ٧٦٧ و ٧٦٨ مختلط

ويجب عليه أن يعطيه الصورة أو الملخص بعد أخذ الرسوم المقررة بدون احتياج لإذن من القاضى والآ حكم عليه بالتضمنيات — مادة ٧٠٠ مرافعات أهلى

١١٢٧ — يستفاد مما تقدم أن التسجيل لا بد وأن يحصل بالمحكمة المختصة .

التكليف

ومن الخطأ الاعتقاد بأن تكليف العقار باسم شخص فى المديرية يغنى عن التسجيل فتكليف العقار باسم شخص لا يُثبت ملكيته له لأن التكليف وُضع لسهولة تحصيل الأموال الأميرية — انظر حكم استئناف مصر الأهلية أول مارس سنة ١٩٠٨ الاستقلال عدد ٢٠ السنة ٦

غير التسجيل

١١٢٨ — وحكم بأن قيد عقد محرر بالمحكمة الشرعية بدفاتر المديرية ليس الآ طريقاً إدارياً الغرض منه نقل التكليف وما يترتب عليه من توزيع الضرائب وتحصيلها ولا يعد هذا القيد تسجيلاً تترتب عليه أحكام التسجيل القانونية — مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٠ فقرة ٤٥٩٢ مجموعة أولى

١١٢٩ — ولما كان التسجيل يحصل بمجتهات متعددة (المحاكم الأهلية والشرعية

جهة التسجيل

والمختلطة)^(١) وجب علينا البحث لمعرفة الجهة التى يتعين تسجيل العقود فيها وتأثير التسجيل على حقوق الغير

١١٣٠ — نصت مادة ٦١١ مدنى أهلى على أن الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل

(١) قدمنا أن الحكومة شرعت فى توحيد أقلام التسجيل — أنظر فقرة ١٦ تعليق نمرة ٣

تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية ونصت مادة ٧٣٨ مدني مختلط على أن يكون التسجيل بقلم الرهونات التابع له مركز العقار أى قلم رهونات المحكمة المختلطة ولكن العمل جرى على أن تقتصر المحاكم الأهلية على تسجيل الأحكام الواجب على كاتب المحكمة تسجيلها بغير طلب .

فبقيت جهتان خاصتان بالتسجيل : المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة . وقد أدرك الشارع المصري عند انشاء المحاكم المختلطة الضرر الذي ينشأ من هذا النظام فحاول تخفيفه بأن قرر تبادل ابلاغ العقود التي تسجل باحدى الجهتين للأخرى وقيدتها بالدفاتر المعدة لذلك — راجع مادتي ٣١ و ٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ومادتي ٣٧٢ و ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون نمره ٣١ سنة ١٩١٠) ولكن هذا النظام لم يتبع بطريقة منتظمة سواء من جهة تبادل تبليغ العقود المسجلة أو من جهة قيدتها بكتلتا المحكمين . وكان من بواعث الإهمال وعدم التشديد في المراقبة كون القانون لم يرتب على إهمال التبليغ بظلال العقد بالنسبة للغير — أنظر مادة ٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة

١١٣١ — وقد جرت المحاكم المختلطة على أن أقلامها تختص بتسجيل جميع العقود الصادرة بين أجنبي أو بين وطنيين وأجنبي حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير الذي يدعى حقاً عينياً على العقار المبيع

اختصاص المحاكم
المختلطة
في التسجيل

١١٣٢ — فحكمت بأن اجراءات التسجيل والقيود التي قررها القانون بقصد العلانية العامة لا يكون لها مفعول قبل الأجنبي إلا اذا حصلت بأقلام كتاب المحاكم المختلطة لا في المحاكم الأهلية لأنها غير مختصة بذلك وأجنبية عنهم . وعلى ذلك يكون بيع العقار الصادر لأجنبي بعقد عرفي مسجل بالمحكمة المختلطة صحيحاً ولو كان تالياً في التاريخ لتبنيه نزع ملكية خاص بنفس العقار وحاصل بين وطنيين ولكنه مسجل في المحاكم الأهلية — مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٦٦٦ مجموعة أولى

١١٣٣ — وكل عقد ناقل للملك اشترك فيه أحد الأجنبي بصفة بائع أو مشتر

يجب حتماً تسجيله بقاء كتاب المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار ليجوز الاحتجاج به على الغير. ولا يقوم مقام ذلك مجرد تسجيل العقد في المحكمة الشرعية ولا تبليغ هذا التسجيل من المحكمة الشرعية للمحكمة المختلطة — مخطوط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٥٩٣ مجموعة أولى

١١٣٤ — والتسجيل يجب أن يكون في المحكمة التابع لها مركز العقار وعلى هذا حكمت المحكمة المختلطة بأنه لا يجوز الاحتجاج على الغير الحسن النية بعقد مقايضة لم يسجل في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار حتى ولو كان مسجلاً في قلم كتاب محكمة تتبعها عقارات أخرى واردة في عقد البيع — مخطوط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ س ٣ ص ١٨١ وقرة ٤٥٩٩ مجموعة أولى

١١٣٥ — جميع عقود البيع الواردة على العقار يلزم تسجيلها لتكون ثابتة في حق غير المتعاقدين مهما كان شكلها سواء كانت بعقد عرفي أو عقد رسمي. وكذلك الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل. أو المؤسسة لها. والأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمراد — مادة ٦١١ و ٦١٢ مدني أهلي

المقود الواجب
تسجيلها

وفي حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفي بتسجيل العقد الأخير منها — مادة ٦١٩ مدني أهلي

١١٣٦ — والأحكام القضائية نفسها لا تحسب بقوة العقود المسجلة إلا بتسجيلها فهي بدون تسجيل بمثابة العقود الرسمية فقط — الاستئناف في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ وجلاد مادة ٢٧٠ نمرة ٧

١١٣٧ — فإذا لم يحصل التسجيل بالكيفية المتقدمة يكون البيع كأنه لم يكن بالنسبة

ما يترتب على

للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار المبيع وحفظوها بموافقته للقانون — ١٦٠٥ أهلي

عدم التسجيل

١١٣٨ — ويلاحظ أن بعض الشرائع الأجنبية (بلجيكا وإيطاليا) لا تبيح غير

تسجيل العقود الرسمية وحجتهم أن التزوير كثير الحصول في العقود العرفية فلا

معنى لازدحام أقلام التسجيل بعقود مشكوك في صحتها. ولكنها طريقة معيبة إذا

نظرنا لكثرة ما يصدر من البيوع القليلة الأهمية وما يترتب على تحريرها بصفة رسمية

من المصاريف الباهظة

١١٣٩ — تلك هي القواعد العامة التي قررتها القوانين الحديثة ولكن قبل انشاء ^{في الاعفاء} المحاكم كان البيع منتجاً لأحكامه بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير كما كانت تقضى ^{من التسجيل} بذلك أحكام الشريعة الاسلامية وما كان التسجيل لازماً وعلى هذا المبدأ جرت المحاكم المختلطة .

١١٤٠ — فقد حكم بأن عقود البيع السابقة على انشاء المحاكم المختلطة معفاة من التسجيل — مخطط ٢٧ فبراير سنة ١٨٧٩ بورلى مادة ٧٤٩ مخطط .
وذلك لأن المادة ٧٤٩ مخطط تقضى بأن أحكام الباب الخاص بإثبات الحقوق العينية لا تسرى إلا من تاريخ انشاء تلك المحاكم

١١٤١ — وبما أن الملكية العقارية كانت قبل انشاء المحاكم المختلطة خاضعة لأحكام الشريعة الاسلامية مهما تكن جنسية المتعاقدين وكان البيع تاماً حتى بالنسبة للغير بمجرد تراضى المتعاقدين فكان تسليم الحجة لازماً لإثبات البيع لا لنقل الملك — « مخطط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ نمرة ١ ص ٣٤ وقرة ٤٦٥٩ مجموعة أولى »

١١٤٢ — وعلى ذلك يسرى مفعول بيع العقار السابق على انشاء المحاكم بالنسبة للغير من تاريخ التعاقد كما هو مقتضى الشريعة الاسلامية — مستفاد من حكم الاستئناف المخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٨٧٨ بورلى مادة ٤٣١

فيحتج به على الغير الذى كسب حقاً عينياً على العقار من البائع بعد حصول البيع — « مخطط ٢ مارس سنة ١٨٨٢ بورلى نمرة ٣ مادة ٧٤٦ مخطط »

١١٤٣ — حتى ولو كانت العقود المذكورة صادرة من أجنبى بسندات عرفية أو يعقود صادرة أمام قناصلهم بما أن التسجيل لم يكن لازماً لتلك العقود بشرط أن ثبت أن البيوع المذكورة سابقة على حقوق الغير ولم يكن الغرض منها الاضرار به « مخطط ٢١ مارس سنة ١٨٨٨ بورلى مادة ٧٤٩ »

١١٤٤ — فيجوز الاحتجاج بها على الغير الآن قبل أى شخص ولو كان أجنبياً — مخطط ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ نمرة ٣ ص ٤٠٥ وقرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى

١١٤٥ — وعلى ذلك تكون الأفضلية بين عقود التملك السابقة على انشاء

المحاكم المختلطة للأسبق في التاريخ — مخطوط ٢٦ ابريل سنة ١٨٩٤ نمرة ٦ ص ٢٦٩

مجموعة أولى ققرة ٤٥٩٤ و ٨ مايو سنة ١٩٠٧ ققرة ٤٢٧٩ مجموعة ثانية

١١٤٦ — كثيراً ما يحصل أن عقد البيع لا يعضى من المشتري ويقتصر على

في عقود البيع
المضادة من البائع
وحده

امضائه من البائع فقط الذي يقرر بأنه باع عقاراً معيناً بثمن مسمى يدفع نقداً أو نسيئة

فهل تسجيل مثل هذا العقد يجعله قابلاً للاحتجاج به على الغير الذي يكسب حقاً معيناً

بعد ذلك على نفس العقار المبيع أولاً يجعله كذلك

ووجه الشك أن هذا العقد غير موقع عليه من المشتري وغير ثابت به رضاه

بالشراء والرضاء أحد أركان البيع فهل يجوز مع ذلك تسجيله

لا مانع قانوناً من التسجيل لأن القانون المصري لم ينهج منهج الشريعة الفرنسية

ولم يحتم ضرورة تحرير صور بقدر عدد المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين كما تقضى

بذلك مادة ١٣٢٥ فرنساوى

ولكن يجب أن نبحت المسألة من الوجهين الآتين :

أولاً — قيمة مثل هذا الاقرار بالنسبة للمتعاقدين

ثانياً — قيمته بالنسبة للغير

١١٤٧ — الوجه الأول — هل يمكن اعتبار الاقرار المفرد دليلاً على انعقاد البيع

قيمتها بالنسبة
للمتعاقدين

بين المتعاقدين

أما من جهة البائع فلا نزاع في أن الأقرار الصادر منه لا يصلح أن يكون دليلاً

له على البيع ولا يجوز له أن يحتج به على المشتري لأنه منشئه . وعلى ذلك لا يجوز

لبائع بناء على اقرار صادر منه أن يطلب من المشتري الثمن أو يلزمه باستلام المبيع

فليس للانسان أن يخلق لنفسه سنداً محتج به على سواه

أما المشتري فله أن يتمسك بهذا الاقرار اذا كان تحت يده ويعتبره دليلاً على

اتمام البيع لأن اقرار البائع حجة عليه فالمشتري أن يطالبه بتسليم المبيع أو يرجع عليه

بالضمان اللازم قانوناً — مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ و ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ وه مارس

سنة ١٨٩٦ ققرات ٤٦٦٨ و ٤٦٧١ و ٤٦٧٣ مجموعة أولى

يرى مما تقدم أن يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بهذا الاقرار ولا يجوز ذلك
للآخر لفوات الدليل أما الحق نفسه قائم ولكن ينقصه الاثبات

١١٤٨ — الوجه الثاني — ما قيمة تسجيل مثل هذا الاقرار بالنسبة للغير الذي قيمتها بالنسبة
للغير كسب حقاً عينية على العقار

اضطربت أحكام المحاكم المختلطة في بادئ الأمر في رأيها وكانت تميل على
الأرجح لاعتبار التسجيل غير قابل للاحتجاج به على الغير — مخطوط ١٣ فبراير سنة
١٨٩٠ فقرة ٤٦٦٣ مجموعة أولى و ١٤ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٦٥ و ٣١ يناير سنة
١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٧ مجموعة أولى

١١٤٩ — ومعنى ذلك أن تسجيل مثل هذا الاقرار ما كان يفيد نقل الملك
بالنسبة للغير من ذوى الفائدة في المبيع كشرهان — مخطوط ٣١ يناير سنة ٩٤
فقرة ٤٦٦٧ ومخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٨ و ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ فقرة
٤٦٧١ مجموعة أولى

١١٥٠ — وكانت تستند تلك الأحكام على ان البيع يتم بين المتعاقدين بمجرد
تراضيها على المبيع والتمن . والتراضى يجوز أن يحصل شفهاً أى بغير كتابة ولا امضاء
ولكن بالنسبة للغير لا يثبت البيع الا بتسجيل العقد الدال على حصول البيع وهو
لا يتكون باقرار أحد المتعاقدين — مخطوط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٦٥ مجموعة أولى
١١٥١ — اذ يجب أن يكون عقد البيع مشتملاً على رضا المتعاقدين واتفاقهما
لأن صحة العقد مرتبطة بذلك وبالتالي نقل الملك وتراضى المتعاقدين لا يستفادان
من اقرار صادر من أحدهما — ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٧ مجموعة أولى

١١٥٢ — فالعقد المشتمل على اقرار احد المتعاقدين وبه يقرر المالك أنه باع
بمحضور شهود عقاراً معلوماً بثمن معلوم لشخص غير حاضر في المجلس بنفسه أو بتوكيل
منه لا يعتبر عقد بيع بل مجرد اقرار لا يجوز التمسك به على المشتري المذكور

وعلى ذلك فتسجيل هذا العقد وان سبق تسجيل عقد آخر شامل للشرائط
القانونية يبيع نفس العقار لمشتري آخر لا يجعل العقد الأول ثابتاً قبل المشتري الثاني

« مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ و ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ و ٢٥ يناير سنة ١٨٨٨ —
بورللى مادة ٣٤١ »

١١٥٣ — حتى ولو كان الاقرار المذكور مشتملاً على مخالصة بقبض الثمن —

« ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ و ١٨ مايو سنة ١٨٨٧ و ١١ يناير سنة ١٨٨٨ و ١١ ابريل
سنة ١٨٨٨ بورللى مادة ٣٤١ »

١١٥٤ — أو عرض استيفاء ما كان ناقصاً بأدلة خارجة عن الاقرار لأن

صحة العقد بالنسبة للغير تتعلق بالتسجيل — ٣ فبراير سنة ١٨٨٧ بورللى مادة ٣٤١

٢١٥٥ — أو كان المشتري وضع يده على العقار المبيع تنفيذاً للبيع . اذ يجب

أن يكون العقد المسجل تاماً بنفسه ومشتملاً على جميع الشروط القانونية اللازمة لاتمام

العقد — ١٧ مارس سنة ١٨٨٧ بورللى مادة ٣٤١ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ فقرة .
٤٦٧٠ مجموعة أولى

١١٥٦ — ذلك كان المبدأ الذى سارت عليه المحكمة المختلطة . ولكنها لم تلبث

أن عدلت عنه لأنها رأت بأن سلب كل مفعول للعقود المضادة من جانب واحد

مفض الى الاضطراب فى المعاملات التى جرى بها العرف وتعامل بها الناس ومسهل

لسلب أموالهم بطريق بيع الشئ مرتين . هذا فضلاً عن أن الراى المذكور لم يكن مبنياً

على أساس قانونى متين اذ لا يفهم كيف تعتبر المحكمة ان العقد يجوز الاحتجاج به

على المتعاقدين ولا يحتاج به على الغير بعد تسجيله . على أنه بتسجيل العقد تم الغرض .

المقصود من العلانية والاشهار وهو اعلام الغير ببيع العقار بيعاً مضمى من البائع لمصلحة

مشتري معلوم . فاذا تعاقد الغير بعد ذلك مع البائع فهو شريكه فى التدليس والغش .

على ان رضا المشتري ليس معدوماً كما يزعمون فالتسجيل يحصل بناءً على طلبه وهذا

يعد رضا منه بالبيع . كذلك ثبوت دفع الثمن فى العقد دليل الرضا كما يدل عليه

احتجاج المشتري على الغير بالعقد دفاعاً عن حقوقه لهذا بعد تردد المحاكم المختلطة

وصدور أحكام منها متناقضة فى هذا الموضوع انتهى الأمر بأن قررت أن تسجيل

عقد البيع المضمى من البائع وحده يجعل العقد قابلاً للاحتجاج به على الغير ما دام رضا

المشتري مستفاداً من إقرار صريح له أو من أفعال دالة على ذلك كطلب تسجيل العقد بمعرفته أو نقل التكليف لاسمه ودفع الأموال الأميرية وهكذا

١١٥٧ — وعلى ذلك اعتبرت المحكمة أن الأعمال السابقة تجعل العقد ملزماً

للجانين — راجع الأحكام المختلطة في ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ و ١٩ و ٢٥ يناير سنة ١٨٨٨ بورلى مادة ٣٤١ و ١١ مارس س ٨ ص ١٥٢ و ٣٠ يناير س ٨ ص ١٠٣ و ٢٣ أبريل س ٨ ص ٢٥١ سنة ١٨٩٦ و ٢٤ يناير س ٩ ص ٣٠٥ و ٢١ فبراير س ٩ ص ٣١٠ و ١٩ مايو س ٩ ص ٣٤٨ سنة ١٨٩٧

١١٥٨ — وقد حكم بأن العقد العرفي الخاص ببيع عقار وغير مشتمل على امضاء المشتري يجوز الاحتجاج به على الغير اذا باعه المشتري وأثبت بيعه على نفس عقد البيع الصادر له فان ذلك يفيد رضاه به — مخطط ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٦٦٩ مجموعة أولى

١١٥٩ — وان عقد البيع الغير المشتمل على امضاء المشتري ولكنه اتبع بتحديد ممضى من المشتري المذكور ومسجل تسجيلاً قانونياً يكون صحيحاً وقابلاً للاحتجاج به على الغير — مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٦٧٤ مجموعة أولى

١١٦٠ — وأن رضاء المشتري بعقد بيع غير ممضى منه يثبت حتى بالنسبة للغير ثبوتاً كافياً بتسجيله ونقل التكليف لاسم المشتري ودفع الأموال الأميرية — مخطط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٦٧٤ مجموعة أولى

١١٦١ — ويترتب على قبول هذا المبدأ أن البيع المذكور يكون متجاً لجميع أحكامه فيعتبر الإقرار بعد تسجيله سبباً صحيحاً للتملك بمضى المدة — مخطط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ١٠٣

١١٦٢ — وتتلخص أسباب الرأي الجديد فيما يأتى :

أولاً — مراعاة العوائد المحلية فمعظم اليوع الحاصلة والجارى تسجيلها عبارة عن اقرارات ممضاة من البائع فاذا لم تعتبرها المحاكم عقود بيع تامة كان ذلك هادماً لمبدأ استقرار المعاملات

ثانياً — ليس للغير أن يشكو أو يتضرر من مثل هذا العقد اذ كل ما يطلب تلافياً

لمخاطرته بأمواله هي علانية العقود أي تقرير نظام يستطيع به أن يعلم بالتصرف الحاصل من المالك وتسجيل هذه الإقرارات كاف للدلالة على حصول التصرفات . ثالثاً — ان اقدم المشتكى على تسجيل البيع ونقل التكليف لاسمه دليل رضا بالبيع أقوى من التوقيع بامضائه أو ختمه

رابعاً — ان التسجيل لا يستلزم قانوناً أن يكون العقد صحيحاً في شكله فقد تسجل عقود غير مستوفاة لشرائطها القانونية والتسجيل لا يزيل ما بها من خلل أو بطلان ولا يميز للغير أن يتمسك به فمن أوجه البطلان ما لا يتمسك به إلا المتعاقدان كما هي حالتنا وليس للغير أن يدفع بعدم وجود امضاء البائع أو المشتري

١١٦٣ — ينال المراد بالتسجيل والعقود الواجب تسجيلها والآن نبين المراد بالغير المقصود بالغير الذي أوجب القانون تسجيل المبيع بالنسبة له حتى يجوز الاحتجاج عليه به فنقول :

١١٦٤ — ان لهذه الكلمة معنيان : أحدهما عام وهو كل شخص لم يكن طرفاً في العقد أي كل أجنبي عنه وليس هذا هو المراد هنا . بل المقصود هو معناها الخاص وهو أن يكون الشخص الأجنبي عن عقد البيع من ذوي الفائدة فيه أي يكون كسب حقوقاً عينية على العقار المبيع وأن يكون حفظها بموافقة القانون

١١٦٥ — فالغير هو كل من يدعى حقاً على المبيع من الحقوق التي يجب أن تقيد أو تسجل كحق الامتياز أو حق الرهن العقاري أو أي حق من الحقوق العينية العقارية ويجب أن يكون حقه مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً وأن يكون بحسن القصد « أنظر مادتي ٢٧٠ و ٦١٥ »

ذلك هو الغير الذي يقصده القانون والذي يجوز له أن يتمسك بعدم تسجيل البيع . ويستخلص من ذلك أنه ينبغي أن يكون الغير :

أولاً — كسب حقه على المبيع بحسن نية

ثانياً — وأن يكون كسبه بسبب صحيح مكسب للملكية

ثالثاً — وأن يكون حفظه بموافقة القانون أي سجل عقده أو قيده بحسب الأحوال

١١٦٦ — وعلى ذلك فالغير الذى لا يكون ذا حق عيني لا يجوز له أن يتمسك بعدم التسجيل . مثال ذلك الدائن العادى فانه يحتاج عليه بعقد البيع بمجرد ثبوت تاريخه وقد أشار القانون لذلك فى المادة ٦١٥ وفى نفس مادة ٢٧٠ التى نحن بصدددها حيث قال : « متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً » .

١١٦٧ — ولو حجز الدائن على عقار مدينه فالحجز لا يكسبه حقاً عينياً على العقار المحجوز عليه وعلى ذلك فالعقد الذى يستند عليه شخص لطلب استحقاق العقار المحجوز عليه يحتاج به على الدائن الحاجز ولو لم يكن مسجلاً لأن التسجيل فى هذه الحالة غير لازم — مخطوط ٦ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٧٧ مجموعة اولى

١١٦٨ — على ان محكمة الاستئناف الأهلية حكمت بأن عبارة غير المتعاقدين الواردة بالمادة ٢٧٠ مدنى أهلى تشمل دائنى البائع العاديين فى حالة ما اذا رفع دائن عادى توفى مدينه دعوى نزع ملكية عقار داخل ضمن تركه مدينه فانه لا يمكن لمشتري هذا العقار من أحد الورثة الذى لم يسجل عقده أن يطلب تثبيت ملكيته له ومحو تنبيه نزع الملكية — استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٩١٢ عدد ١٢٨ سنة ١٣ مجموعة رسمية والظاهر ان المحكمة جرت هنا على مبدأ الشريعة الاسلامية بأن لا تركه الا بعد وفاء الدين وان محل نظرية التسجيل عدم تعدد البائعين وهنا الوارث غير المورث — « انظر فقرة ١١٨٢ الأتية » .

١١٦٩ — كذلك المرتهن رهن انتفاع وأجر العين للراهن لا يعتبر « غيراً » . فقد حكم بأنه اذا رهن شخص عقاراً رهن انتفاع واستأجره من دائنه ووضع يده عليه ثم باعه الى آخر فلا يمكن أن يتمسك بهذا الرهن قبل المشتري بقطع النظر عن تسجيل عقد الرهن وذلك لأنه يلزم أن يتوفر فى عقد الرهن جميع الشروط اللازمة لصحته حتى يجوز التمسك به قبل الغير وان كان التسجيل مطابقاً للقانون فانه لا يمكن أن يتمسك قبل الغير بعقد رهن غير موجود من الأصل أو أصبح غير موجود فيما بعد والمادة ٥٤١ مدنى نصت على ان الرهن يطل اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه — « الاستئناف الأهلى ٣١ يناير سنة ١٩١١ عدد ٥٩ مجموعة رسمية س ١٢ » .

١١٧٠ — أما الدائن الذى حصل على اختصاصه بعقارات مدينه فيعتبر «غيراً»

بالمعنى المراد قانوناً لأن له نفس الحقوق التى تترتب على الرهن العقارى طبقاً للمادة ٥٩٩ مدنى وعلى ذلك يكون مفضلاً على من اشترى العقار من مدينه بعقد سابق لدينه اذا كان تاريخ تسجيل اختصاصه سابقاً على تاريخ تسجيل عقد البيع — « الاستئناف الاهلى ١٤ فبراير سنة ١٩١١ عدد ٦٠ مجموعة سنة ١٢ »

١١٧١ — ويجب أن يكون الغير حسن النية وذلك مستفاد من قول القانون

شرط

في المادة ٢٧٠ وكانوا « لا يعلمون ما يضر بها »

حسن نية الغير

فمن كسب حقه بسوء قصد ثم سجل عقده قبل المشتري الأول لا يجوز له التمسك بعدم تسجيل المشتري الأول

١١٧٢ — وهنا تنشأ مسألة مختلف فيها في فرنسا ولكن يظهر ان لا محل لهذا

الخلاف بشأنها في القانون المصرى وهى معرفة ما اذا كان المشتري الثانى الذى سجل أولاً يعتبر سيء النية اذا علم بالبيع الأول أو لا يعتبر

١١٧٣ — والحال لا يخلو من أمرين : فإما أن يكون المشتري الثانى يعلم بالبيع

علمه بالبيع الأول

ولكنه متواطئ مع البائع بقصد الاضرار بالمشتري الأول وإما أنه يعلم به وغير متواطئ معه

١ — فاذا كان يعلم بالبيع واشترى فمجرد العلم بغير تواطئ لا يمنع التمسك بعدم

التسجيل كما جرى على ذلك القضاء في فرنسا وفي مصر وأسباب ذلك هى : —

١ — اذا كان مجرد العلم كافياً لمنع المشتري الثانى من التمسك بعدم تسجيل البيع

الأول فالتسجيل يصبح لا فائدة منه وتكون علانية البيع تابعة لطريق العلم به لا لطريق تسجيله وهذا ما يناهى نص القانون الذى قضى بأن تكون العلانية بالتسجيل وأنها لا تعلم إلا به

٢ — ان قبول المبدأ السابق مفضى لكثرة القضايا ومشجع على الادعاء بالعلم

كلما أراد صاحب حق مسجل أن يتمسك بعدم تسجيل غيره ومن المعروف أن

الوصول للحقيقة من الصعوبة بمكان وإن كان لا ينكر من جهة أخرى أنه من البعيد أن المشتري الثانى يكون عالماً بالبيع الاول ويكون فى نفس الوقت حسن النية

ب — أما اذا كان المشتري الثانى يعلم بالبيع ومتواطئ مع البائع فلا نزاع فى أن سوء نية المشتري تمنعه من التمسك بعدم تسجيل البيع الاول . مثال ذلك من شهد على عقد البيع الاول ثم اشترى نفس العين بعد ذلك فانه يعتبر مشترياً بسوء القصد وسبق تسجيله . لا يفيد ههنا من الظروف التى توكل لتقدير القاضى

وأسابب هذا رأى هى أنه لم يكن الغرض من التسجيل حماية الغش والتدليس ولا المساعدة على ارتكابهما . والمشتري الثانى حينما يتضح أنه شريك فى التواطئ يعد مرتكباً لشبه جنحة مدنية وأحياناً لجنحة تامة وهى جنحة النصب المعاقب عليها بالمادة ٢٩٣ عقوبات . وكل من ارتكب شبه جنحة لزمه تعويض الضرر الناشئ عنها بطريق التضامن . والتعويض الطبيعى للمشتري الاول هو منع الضرر الذى ويلحقه ذلك بترك العقار المبيع له

على أن مادة ٢٧٠ صرحت بشرط حسن النية كما قدمنا وإن كان القانون فاته ذكر هذا الشرط فى مادة ٦١٥ الواردة فى باب اثبات الحقوق العينية

١١٧٤ — وقد حكم بأن لا فائدة لأسبعية التسجيل ما دام التعاقد عن غير قصد سليم

١١٧٥ — قاعدة تفضيل السابق فى التسجيل عند تعدد بيع العقار الواحد من ذات البائع محلها سلامة النية وأن تكون حقوق السابق فى التسجيل مبنية على سند صحيح وأن يكون غير عالم بما يضر بها — استثنائى مصر الاهلية ١٧ مارس سنة ١٠٩٩ الاستقلال عددا ٣٢ و ٣٤ سنة سابعة

١١٧٦ — لا يجوز لمن اشترى عيناً للغير حق عيني عليها غير مسجل أن يتمسك بتسجيله عقب شرائه اضراراً بصاحب الحق العيني اذا كان شراؤه مبنياً على سوء القصد والتواطئ مع البائع

وجاء في إحدى حيثيات هذا الحكم ان علم المشتري بوجود الحق العيني ولو كان غير مسجل مانع له من التمسك بعدم تسجيل هذا الحق على أنه من الممكن أن يكون المشتري غير سيء النية مع علمه بوجود الحق العيني ومثل هذه الحالة وان كانت نادرة الوقوع إلا أنها جائزة

وقد جرت المحاكم الفرنسية في مثل هذه الحالة على ان مجرد العلم غير كاف وحده في حرمان المشتري من الاولوية التي له بمقتضى تسجيله عقد شرائه على صاحب الحق العيني الذي لم يسجل عقده — مصر استئنافي ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسمية سنة ثانية

مزايا التسجيل ١١٧٧ — الأحكام المترتبة على التسجيل هي :

١ — انه ينقل ملكية العقار بالنسبة للغير

ومفاد هذا أن البيع اذا لم يسجل فلا يحتج به على الغير ويعتبر بالنسبة له كأنه لم يكن — انظر مادتى ٢٧٠ و ٦١٥ أهلى

٢ — انه يوقف سير قيد الرهون العقارية التى تصدر من البائع

ومعنى ذلك انه لا يجوز لدائى البائع أن يطلبوا قيد رهن عقارى أو حق اختصاص أو غيره على العقار المبيع بعد تسجيله . انما لهم ذلك الى تاريخ التسجيل حتى ولو كان البيع صدر فعلاً وكان ذا تاريخ ثابت لأن البيع لا يحتج به عليهم إلا من وقت تسجيله أما بعد تسجيله فيخرج من ملك مدينه الى ملك المشتري « انظر مادة ٥٦٥ مدنى أهلى »

٣ — ان التسجيل أول عمل لازم لتخليص العقار بمعرفة الحائز له من الحقوق العينية المتوقعة عليه (كرهن واختصاص وامتياز) وذلك بعرضه ثمنه أو قيمته (مادة ٥٨٢ أهلى)

وهذه الاجراءآت هى المنصوص عليها فى مادة ٥٧٥ أهلى وما بعدها . وفائدتها ان الحائز لعقار (كالمشتري) له أن يقيه بغير أن يكون مضطراً لدفع قيمة جميع

الرهن المتوقعة عليه اذا تبين انها تزيد على قيمته بل يأخذ بقيمته وحينئذ تبرأ العين بقيمة أقل من مقدار الديون التي عليها .

ملحوظة — يرى بعضهم ان التسجيل لازم لتلك العين بمضى خمس سنين اذا كان وضع اليد مبنياً على سبب صحيح وحسن نية

١١٧٨ — تلك هي أحكام التسجيل ومحلها تعدد التصرفات في عين واحدة من مالك واحد

وعلى ذلك حكم بأنه في حالة تعدد عقود التصرف في عين واحدة تكون الأرجحية بحسب التاريخ ان لم يكن تسجيل فان وجد فلا سبق فيه ثم للمسجل على غير المسجل —
« النيا الجزئية ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ مجموعة سنة ٥ نمرة ١٩ »

احوال
عدم انطباقها

ولكن نظرية التسجيل لا تستقيم في حالتين : —
١ — حالة امتلاك العين بمضى المدة ولو كان البائع واحداً

٢ — حالة تعدد البائعين

١١٧٩ — ففي الحالة الأولى حكمت المحاكم الأهلية بأن لا يقدم عقد مسجل على غير مسجل الا اذا كان نفس العقد هو المستند الوحيد في الحق المتنازع فيه بدون انضمام أمر آخر . فلو مضت المدة القانونية على وضع يد صاحب العقد غير المسجل وكان حسن النية فقد تمت له الملكية ولا عبرة بعقد خصمه الذي سجله ولم يطالب بمقتضاه الا بعد مضي المدة المذكورة — مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ج ٥

حالة امتلاك
العين بمضى المدة

١١٨٠ — واذا باع بائع واحد عقاراً لمشتريين وجب تفضيل من سجل عقده الا اذا كان الآخر قد وضع يده على العقار المدة المقررة لاكتساب الملكية —
« الاستقلال عدد ٢٣ سنة ٦ محكمة استئناف مصر الاهلية ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٧ »

١١٨١ — وأن سبق التسجيل لا يعطى الأولوية لأحد المشتريين اذا تعددوا الا في حالة ما اذا كان لا يجوز لأحدهم أن يتمسك قبل الآخر باكتساب الملكية بمضى

٥ سنين عملاً بنص القانون — مخطوط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سنة ١٦ صحيفة ٧٤ نمرة ٤٣٠٨ مجموعة ثانية

١١٨٢ — لا قيمة للأسبقية في تسجيل عقود المشترين لعقار واحد اذا تعدد حالة
تعدد البائعين البائعون له اذ يجب أن يكون البائع واحداً حتى ينظر في أفضلية المشتري المسجل
على غير المسجل

وهنا تعرض مسألة من اشترى من المورث ولم يسجل ثم اشترى غيره من الوارث
وسجل فهل يعتبر الشراء حاصلاً من شخص واحد باعتبار الوارث متصلاً بالمورث
ومتماً لشخصيته أو لا يعتبر ؟

الرأى السائد علماً وعملاً أن البيع الصادر من المورث يخرج الملك من التركة فلا
يورث ولو لم يسجل وذلك بالنسبة للأشخاص الوطنيين الذين تسرى عليهم الشريعة
الإسلامية وبهذا المعنى حكم بما يأتي

١١٨٣ — لا قيمة للأسبقية في تسجيل عقود المشترين لعقار واحد اذا تعدد البيع من
المورث والوارث البائعون له ويجب البحث في هذه الحالة عن أى البائعين كان المالك الحقيقى للعقار
المبيع . وبناءً عليه لا يجوز لمن اشترى من ورثة عقاراً بمقتضى عقد مسجل أن يحتج
بهذا التسجيل على من اشترى نفس العقار من المورث ولم يسجل عقده لأن الورثة
لم يكونوا مالكيين للعقار الذى باعه مورثهم — الازبكية الجزئية ٦ بوليه سنة ١٩١٠
نمرة ٢٩ مجموعة رسمية سنة ١٢

١١٨٤ — متى مات المورث انتقلت جميع الالتزامات التى كانت مترتبة عليه الى
تركته لا الى ورثته ووقف حق هؤلاء فيها معلقاً الى ما بعد انقضاء تلك الالتزامات
وأيضاً جميع التعهدات ومابقى منها يقتسمونه بينهم ومن ثم فلا يقال بأنه يجب اعتبار
شخص الوارث كشخص المورث فى حقوق الثانى وواجباته . بناءً على ذلك اذا باع
المورث عقاراً من ملكه ولم يسجل المشتري عقده يبعه وبعد وفاة البائع باع الوارث
العقار ذاته الى مشتري آخر سجل عقده فلا يصح الاحتجاج على المشتري الأول
بعدم تسجيل عقده قبل تسجيل المشتري الثانى بحجة ان الوارث هو كذات المورث
لأن المشتري الثانى قد اشترى ممن لا يملك المبيع والتسجيل قد فرض على من

يتلقى الملك من مالك واحد — حكم استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق
سنة ٢١ صفحة ١١٢ وجلاد نمرة ٨ مادة ٤٧

١١٨٥ — على هذا الرأي جرى القضاء المصرى ولكن الاستاذ لمير يخالفه
بحجة ان القواعد التى قررها القانون للتسجيل لا تؤيده واليك الاسباب التى أوردها :
ان البيع الصادر من المورث ينقل الملك بالنسبة له ولورثته ودائته العاديين كما يستفاد
من نص المادة ٢٦٦ ولكنه لا ينقل الملك بالنسبة للغير الا بالتسجيل . فالبيع الصادر
من المورث لا قيمة له بالنسبة للغير ، ما دام العقد لم يسجل وعلى ذلك يعتبر البيع
بالنسبة له باقياً على ملك البائع

أما الميراث فتنتقل ملكيته للورثة بالنسبة للمورث وبالنسبة للغير فى وقت واحد كما
تقضى بذلك مادة ٦١٠ التى قررت ان ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت
آيلة بالميراث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة . وعلى ذلك يجوز الاحتجاج
على الغير بتملك العين بالميراث بمجرد ثبوت الوراثة بلا حاجة الى تسجيل . واستتبع
من ذلك ان من أراد أن يكسب حقاً عينياً على العقار المبيع بعد موت البائع جاز له
كسبه على اعتبار أن البائع ثم ورثته من بعده كأنهم لا يزالون مالكيين المبيع بالنسبة
له لعدم تسجيل العقد الصادر من المورث

وتأييداً لرأيه قال إنه من الخطأ الذهاب لأن حل هذه المسألة يرجع لمسألة استمرار
شخصية المورث فى شخص الوارث بل هى ترجع لقواعد التسجيل المينة فى مادتي
٦١٠ و ٦١٥ ويمررها حكم المادتين ٦١٢ و ٦١٨ فانه يستفاد منهما أن الموهوب له
والموصى له بشئ معين لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل
ملكية حق بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلهما ولكن يجوز ذلك لمن اشترى
من الموهوب له أو الموصى له وسجل عقده بالاولوية .

فترجيح المشتري من الموصى له أو الموهوب له اذا سجل عقده نتيجة من نتائج
امتزاج القاعدة القاضية بأن للغير أن يتمسك بعدم تسجيل المشتري الأول بقاعدة عدم

لزوم التسجيل في الحقوق الآيلة بالميراث أو بعبارة أخرى تطبيق شبيه بحالة من اشترى من الوارث وسجل فيجب ترجيحه على من اشترى من المورث ولم يسجل تلك آراء الاستاذ لمير وهذه أسانيد وعضده فيها بعض القانونيين^(١) ولكننا نرجح رأى القضاء المصرى فقد فات أولئك الاساتذة أن القانون المصرى أحال الحكم فى الموارىث «باعتبارها سبباً من أسباب الملك» على الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى وهى الشريعة الاسلامية بالنسبة للوطنيين — مادة ٥٤ أهلى (٧٧ مختلط)

ولا نزاع فى أن الشريعة الاسلامية تفيد أن البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالنسبة للمتعاقدین ولغيرهما من ذوى الفائدة فى العقد فلا نص فيها يقضى بتفضيل المسجل على غير المسجل كما جرى على ذلك القضاء — مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ نمرة ٤٦٥٩ و ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ نمرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى و ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ نمرة ٤٦٦١ و ٢٦ ابريل سنة ١٨٩٤ نمرة ٤٥٩٤ أولى وغيرها وعلى ذلك يخرج الملك بالبيع من تركة المتوفى فلا يرثه الوارث مطلقاً ولا يملكه بحسب أحكام الشريعة الاسلامية وهى تخرص على الحقوق المتلقاة من المورث لدرجة عدم اعتبار الورثة ملاكاً للتركة اذا كانت مستغرقة بالدين الا اذا أبرأ الميت غريمه أو أدى الوارث الدين بشرط التبرع فمن باب أولى لا يملك الوارث ما باعه مورثه — « أنظر ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٤ »

وما دام الوارث لا يرث المبيع فبيعه له قبل تسجيله هو بيع لما لا يملك ويشترط فى البيع الناقل للملك سواء بالنسبة للمتعاقدین أو للغير أن يكون مملوكاً للبائع ونفس تفضيل المسجل على غير المسجل لا يكون الا فى هذه الحالة . فاذا انعدم الملك فقد البيع أحد شروطه الاساسية وبطل من نفسه باعتباره بيع ملك الغير والتسجيل لا يصحح ما به من عيب عدم الملك حتى يلجأ لقواعد التسجيل على أنه من الخطأ الارتكان على نص المواد ٦١٠ و ٦١٢ و ٦١٨ فان المادة

(١) راجع مجلة مصر الحاضرة عدد نمرة ١٤ لسنة ١٩١٣ ص ٢٠٧ — ٢٢٤ فيها ثلاث مقالات فى هذا الصدد للاساتذة لمير وأيموس ناظرى مدرسة الحقوق سابقاً ومونيه المدرس بها

الأولى هي من الأدلة العديدة التي تقيّد تأثير الشارع المصري بأحكام الشريعة الإسلامية اذ من المقرر شرعاً أن الحكم بثبوت الوراثة حكم على الكفاية كما أشارت لذلك المادة ٣٥٧ من لأئحة ترتيب المحاكم الشرعية . فتمتثلت وراثة شخص لا آخر آلت له حقوق المورث ولا حاجة لتسجيل امتلاكه مجموع التركة وهو لا يملكها في الحقيقة إلا بعد أداء الدين وفنّاذ الوصية اذ لا تركة إلا بعد وفاة الدين . ومن جهة أخرى فالملكية اما أن تكون ثابتة للمورث بعقد مسجل وحينئذ لا معنى لتسجيلها مرة أخرى أو بعقد غير مسجل وفي هذه الحالة يجب تسجيله للاحتجاج به على الغير عملاً بنص المادة ٦١٥ اذ لا قاتل بأن أولولة هذا الحق بالميراث للوارث يغني عن التسجيل ويجعله عقداً علنياً قابلاً للاحتجاج به على الغير

والاحتجاج بالعقد الصادر من الموصى له أو الموهوب له أولوه خطأ أيضاً فإن نص المادة ٦١٧ يجب أن يفهم بغير ما أرادوا تأويله فالمفروض والواقع أن يكون التصرف صدر من نفس الواهب أو الموصى في حياته وعلى ذلك يكون الحائز للحق الذي يفضل ولو لم يسجل عقده على الموهوب له والموصى اليه . ولو سجلا عقودهما هو من تلقى الحق من نفس الواهب أو الموصى لا من تلقاه من وارث الواهب أو الموصى والدليل على ذلك أن الوارث لا يرث إلا ما بقي بعد الهبة والوصية : من بعد وصية يوصى بها أو دين . فاذا باع الوارث الموصى به فقد باع ما لا يملك ويطلب الموصى له بطلان البيع بناءً على هذه القاعدة لا بناءً على قاعدة التسجيل اذ التسجيل لا يجعل العين مملوكة له ويستحيل القول بأن للغير أن يعتبره مالاً مع وجود نص صريح في الشريعة الإسلامية يمنعه من التملك

وعلى ذلك يكون النظر في تفضيل المسجل على غير المسجل في أحوال الوصية والهبة هو حالة صدور التصرفين من المورث في حياته فقرر الشارع قاعدة أن الموهوب له والموصى اليه ولو سجلا لا يتمسكان بتسجيلهما قبل الغير متى كان عقده ذا تاريخ ثابت والباعث له على ذلك الرغبة في تفضيل العقد الذي بمقابل على العقد الذي

بغير مقابل خصوصاً وأن العقد الذى بمقابل يفيد ضمناً الرجوع عن الوصية أو الهبة وهو أرجح للمورث وورثته فكأنه قرر قاعدة أن التسجيل لا تسرى قواعده إلا فى حالة تساوى العقود فى القوة أما إذا اشترى شخص من الموصى له أو الموهوب له العين الموصى بها أو الموهوبة بمقابل فقد تساوت حقوق المتزاحمين على ملكية العين فكل منهما أدى ثمناً لما اشترى وعلى ذلك نرجع لقاعدة التفضيل بالتسجيل ومن جهة أخرى فمن اشترى من الموهوب له أو الموصى له اشترى من مالك أما المشتري من الوارث بعد بيع العين بمعرفة مورثه فقد اشترى من غير مالك ذلك ما نراه وبودنا لو أنصف الشارع فقرر قواعد لعلائية الحقوق المتلقاة من المورث عقب وفاته تلافياً لما ينشأ من الاضطراب فى المعاملات وحسماً للخلاف فى النظريات

الفرع الثانى — حكم الهلاك فى المبيع

شريعة اسلامية

مادة ٣٦٦ مرشد الحيران — اذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع ويرجع المشتري على البائع بالثمن ان كان مدفوعاً

مادة ٣٦٧ منه — اذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشتري فله ثمنه ان كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان كان قيمياً

مادة ٣٦٨ منه — اذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع ويتبع البائع المتعدي على المبيع ويضمنه مثله لو مثلياً وقيمه لو قيمياً وان شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدي

قوانين مصرية

مادة ٢٩٧ أهلى — اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الا اذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد

مادة ٣٧١ مخطط — مطابقة لها

مادة ٢٩٨ أهلى — اذا تقصرت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٢٤ منه — ضمان ما تلف من
المبيع كله أو بعضه أو ما تعيب منه قبل قبضه
يكون على البائع أو على المشتري طبق ما هو
مقرر في كتاب العقود والالتزامات

لا تمتنع المشتري عن الشراء كان المشتري
مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن
المتفق عليه

مادة ٣٧٢ مختلط — مطابقة لها مع
زيادة العبارة الآتية في آخر المادة « إلا
إذا سبق منه رهنه »

مادة ٢٩٩ أهلى — وفي الحالتين
السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث
العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً
للمشتري فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه.
أما إذا كان منسوباً للبائع فيكون ملازماً
بالتضمنات إذا فسخ المشتري البيع
وتنقص الثمن إذا أبقاه

مادة ٣٧٣ مختلط — مطابقة لها

١١٨٦ — نظرية هلاك المبيع من النظريات التى ينتقد فيها على الشارع المصرى
اضطرابه في وضع أحكامها وتردده في اتخاذ مبدأ ثابت لها فلا هو اتبع أحكام القانون
الفرنسى الذى سار على قاعدة جعل الهلاك على « المشتري » ولا هو التزم خطة
الشريعة الإسلامية التى تجعل الهلاك على « البائع » ما دام التسليم لم يحصل أى
جعلت الهلاك تابعاً لقبض المبيع

فينا نرى أنه قرّر في آخر المادة ٢٦٦ أهلى بأنه ينشأ عن البيع أيضاً على حسب
الأحوال أن يكون المبيع في ضمان « المشتري » نجد أنه جعل الهلاك على « البائع »
إذا حصل قبل التسليم في مادة ٢٩٧ وما يليها ما عدا أحوالاً خاصة استثنائها جعله
فيها على المشتري وربما كانت هي المقصودة بعبارة المادة ٢٦٦ السابقة الذكر

أوجد القانون بذلك اضطراباً لا موجب له . لأن في العدول عن نظرية القانون
الفرنسي رجوعاً للأصل كما سترى وجنوحاً لمجاراة أغلب الشرائع الأوروبية التي لم
تأخذ بقاعدة القانون الفرنسي لأنها قاعدة استثنائية ولعلّ الداعي لهذا الاضطراب
تناقض مذهبي القانون الفرنسي والشرعة الإسلامية ورغبة الشارع في الأخذ عنهما
معاً والتوفيق بين أحكامهما وعبثاً حاول لأن التقيضين لا يجتمعان لهذا جاءت نصوصه
في هذا المقام مفككة وأحكامها غير متماسكة

المقصود بالهلاك ١١٨٧ — وإنا قبل بيان حكم الهلاك نبين بإيجاز المقصود بنظرية الهلاك ومحلها
ومحلها وحكمها في الشرائع الأجنبية والشرعة الإسلامية ثم نخرج من ذلك إلى بيان أحكامها
في القانون المصري

فسألة الهلاك محلها كما لا يخفى العقود الملزمة للجانبين وموضعها التعهدات القاضية
بإعطاء شيء كالبيع وموردها الأشياء المعينة بالذات فإن كانت معينة بالنوع فلا يصدق
فيها الهلاك — راجع مختصر بودرى ج ٢ فقرة ٨٨٣ ص ٤٣٤

فإذا هلك المبيع المعين بالذات قبل تسليمه استحال على البائع الوفاء بعهده القاضي
بتسليم المبيع وأصبح لا ينوغي للمشتري أن يطالبه بتنفيذه لأن الإنسان لا يطالب
بمستحيل ولكن تعهد المشتري بدفع الثمن لا يزال ممكن التنفيذ . فإذا أُجيز للبائع أن
يطالب بتنفيذ التعهد بالثمن بعد هلاك المبيع لتيسر تنفيذه كان الذي يتحمل نتيجة
هلاك المبيع هو المشتري لأنه سيؤدي الثمن بلا مقابل . وإذا لم يجز للبائع المطالبة
بالثمن كان الهلاك عليه لأنه خسر المبيع وحرّم من المطالبة بثمنه بل ووجب عليه رده
إن كان قبضه

ذلك هو المراد بنظرية الهلاك والمقصود بقولهم الهلاك على « البائع » أو
على « المشتري »

حكم القانون ١١٨٨ — وقد جعل القانون الفرنسي الهلاك على « المشتري » مجازاة للشرعة
الفرنساوية القديمة والشرعة الرومانية فكانتا تقضيان بأنه إذا هلك المبيع برئ البائع

من الإلزام بالتسليم وأنزم المشتري بإداء الثمن ولم يجز له استرداده إن كان دفعه وهذا المبدأ وإن كان هو الأكثر شيوعاً في العمل بحسب القانون الفرنسي إلا أنه مع ذلك استثناء من الأصل المتفق عليه . فالأصل أنه إذا استحال تنفيذ تعهد أحد المتعاقدين لحادثة قهرية سقط في نفس الوقت تعهد العاقد الآخر لأن التعهدين متلازمان وكل منهما سبب للآخر . فالمشتري إنما يدفع الثمن ليأخذ المبيع والبائع إنما يعطى المبيع ليقبض الثمن بل كل منهما شرط للوفاء بالآخر وكل عاقد يقصد بتعده المنفعة العائدة عليه من تعهد الآخر .

وقد طبق القانون هذا الأصل في عدة مواضع ففرض بأنه إذا هلك الشيء المؤجر يفسخ الإيجار حتماً — مادة ١٧٢٢ فرنساوى (٣٧٠ أهلى)

وإذا هلك الشيء المطلوب استصناعه قبل التسليم فلا حق لصانعه في أجرته — « انظر مادة ١٧٩٠ فرنساوى (٤١٧ أهلى فقرة أخيرة) وبلايول ج ٢ ص ١٢٣٦ . »
خالف القانون الفرنسي هذا الأصل في البيع فبدل أن يجعل الهلاك على البائع جعله على المشتري مجازاة للقانون الرومانى كما تقدم (١)

وقد كان الرومان يبنون نظريتهم على قاعدة الغرم بالغنم فما دام المشتري ينتفع بزيادة المبيع من يوم البيع فعليه تبعه قصه أو هلاكه ما دام الهلاك بحادث قهرى أما الشراح الفرنسيون فحاولوا تعليل هذه القاعدة بأنه متى تم العقد براضى الطرفين أصبح تعهد كل منهما مستقلاً عن تعهد الآخر فاذا أصبح التزام البائع بتسليم المبيع مستحيل التنفيذ لهلاكه فقد برئ منه لأن الإنسان لا يطالب بمستحيل (مادة ١٣٠٢ فرنساوى) ولا يسأل عن تعويض ما لأن الضرر لم ينشأ عن فعله بل عن حادثة قهرية

(١) يرى كثير من المؤلفين أن من الخطأ القول بأن القانون الفرنسي جرى على قاعدة هلاك الشيء على مالكه *Rcs perit domino* فإن محل تطبيق هذه القاعدة هي الأشياء التي لم تكن محلاً لتعهد ما أو المرهونة فهلاكها يكون على مالكها طبعاً — ويقولون بأنه جرى على قاعدة القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ويترتب على ذلك أنه لو اتفق المتعاقدان على أن المالك لا ينتقل إلا بالتسليم فهلاك المبيع يكون على المشتري على كل حال — مختصر بودرى ج ٢ ص ٨٨٣ وبلايول ج ٢ ص ٤٥٣ تطبيق

فالبائع كان مسؤولاً عن حفظ المبيع وصيافته وتسليمه في الميعاد المحدد وكان قائماً بذلك إلى أن هلك المبيع فلم يستطع سيلاً إلى التسليم لأمر خارج عن إرادته أما المشتري فيجب عليه تنفيذ التزامه بدفع الثمن لأنه ممكن . أما الاعتراض بدفعه ثمناً لشيء لم يأخذه فمدفوع بأن البائع قد يعرض له كذلك أن يخسر الثمن إذا سلم المبيع فاعسر المشتري وزد على ذلك أنه إذا ضوعفت قيمة المبيع في الأثناء طابت الزيادة للمشتري وكان له الغنم فوجب أن يكون عليه الغرم

١١٨٩ — ولكن كثيراً من الشرائع الأجنبية لم تحذ حذو القانون الفرنسي في إنجلترا والنمسا يكون الهلاك على البائع طالما أن الملك باق له . وفي ألمانيا لا يكون الهلاك على المشتري إلا بعد تسليم المبيع (مادة ٤٤٦) ويقول الأستاذ بلانيول نقلاً عن سالي (Saleilles) بأن هذه القاعدة هي الأكثر انطباقاً على المعقول وتقول إنها قاعدة الشريعة الإسلامية

١١٩٠ — واليك ما قرره الفقهاء في هذا الشأن وأسانيدهم في قولهم نقلاً عن كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع — ج ٥ ص ٢٣٨

حكم الشريعة
الإسلامية

ان المبيع لا يخلو اما ان هلك كله أو هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض أو هلك بعده . وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بأفة سماوية واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي

فان هلك كله قبل القبض بأفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقي أوجب مطالبة المشتري بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن في بقاء البيع فائدة فينفسخ وإذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن^(١)

(١) قارن ذلك بما جاء بيلانيول ج ٢ فقرة ١٣٣٦ و ١٣٣٧: إذا أصبح تقاض تعهد أحد المتعاقدين متعذراً لحادثة قهرية لزم على ذلك نقض تعهد المتعاقد الآخر في نفس الوقت وذلك لأن هذين التعهدين متلازمان ويتبعان بعضهما بالتضامن وكل منهما سبب للآخر أو شرط له اذ لم يقصد أحدهما أن يرتبط بتعدهم بخير فائدة مرجوة له

على أن نفس هذا الشرط الضمني في العقود هو الذي أجاز دعوى الفسخ اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهده الممكن تقاضه وهو الذي ينبني عليه انتضاء العقد من نفسه بانتضاء تعهدات الطرفين لتعذر تنفيذ العقد المذكور بمعرفة أحدهما .

وكذا اذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيواناً قتل نفسه لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بأفة سماوية

وكذا اذا هلك بفعل البائع يطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري وقال الشافعي رحمه الله لا يطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل

وان هلك بفعل المشتري لا يفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالاتلاف صار قابضاً كل المبيع لأنه لا يمكنه اتلافه إلا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيقرر عليه الثمن

وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لاشك فيه لأنه اتلف مالا مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يده عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة . والمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع (أى البائع) الجاني فيضمنه مثله ان كان من ذوات الأمثال وقيمه ان لم يكن من ذوات الأمثال وان شاء (أى المشتري) اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البائع بالثمن لأن المبيع قد تعين في ضمان البائع لأنه كان عيناً فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البائع يوجب الخيار — انظر مادتي ٣٦٦ و ٣٦٨ مرشد الحيران

هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض

١١٩١ — فاما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بأفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري لا يفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن

وكذلك ان هلك بفعل أجنبي لا تقدم ويرجع المشتري على الأجنبي بضمانه وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشتري قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الأجنبي سواء. وان كان قبضه بغير إذن البائع صار مسترداً للبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده — انظر مادة ٣٦٧ مرشد الحيران

هالك البعض
قبل القبض

١١٩٢ — هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً يفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من القدرات معقود عليه فيقابلة شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصة من الثمن وان شاء ترك لأن الصبغة قد تفرقت عليه

وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون لا يفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن إلا اذا ورد عليها القبض لأنها تصير مقصودة بالقبض فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض

وان هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه لا يفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن لأن جنايته على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان وصف^(١) والأوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شيء من الثمن ولكن المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشتري حيوانين قتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء ترك. لأن فعل العجاء جبار (أى هدر) فكأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض ختف أنفه

وان هلك بفعل البائع يطل البيع بقدره ويمتد عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو

(١) أى ليس بنقصان قدر لأن نقصان القدر يقابله شيء من الثمن كما تبين في الحالة السابقة

تقصان وصف لأن الأوصاف لها حصّة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفة عليه ولو اختار المشتري الأخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع ويسقط الثمن عن المشتري لأن المبيع انما يدخل في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد

واذا هلك بفعل المشتري لا يطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً للكل باتلاف البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض إلا بإثبات اليد على الكل وهو تفسير القبض أو صار قابضاً قدر المثلّف بالاتلاف والباقي بالتعيب فتقرر عليه كل الثمن

١١٩٣ — وحكم هلاك بعض المبيع بعد القبض كحكم هلاك الكل بعد القبض
 أي يكون الهلاك على المشتري في جميع الأحوال إلا اذا كان الهلاك بفعل البائع وذلك لأن البيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبي فالهلاك على المشتري ويرجع بالضمان على الأجنبي أما اذا هلك بفعل البائع فينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للجبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشتري قبضه باذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً فهذا وما لو أتلّفه أجنبي سواء . وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه المشتري بغير إذنه والثمن حال غير منقود فينسخ البيع في قدر المثلّف ويسقط عن المشتري حصته من الثمن لأن البائع صار مسترداً لهذا القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن

١١٩٤ — استمد الشارع المصري أحكام هلاك البيع من الشريعتين الفرنسية والإسلامية وهما متماثلتان كما قدمنا فاضطربت نظريته حيث جعل الهلاك أحياناً على المشتري وأحياناً على البائع — انظر مواد ٢٦٦ و ٢٩٧ وما بعدها و ٢٧٤ و ٢٤١ مدني أهلي و ٩٤ تجاري أهلي

وبياناً لنظريته التي يجب العمل بها تقول : ان الهلاك إما أن يحدث بقوة قاهرة

أو بفعل أجنبي أو بتقصير من البائع أو المشتري وعلى كل فاما أن يحدث بعد التسليم أو قبله .

١١٩٥ — فان حدث بعد التسليم فلهلاك على المشتري وحده — مختلط ٧
ابريل سنة ١٨٩٨ فقرة ٤٧١١ مجموعة أول

١١٩٦ — أما اذا كان قبل التسليم فينظر :

١ — اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته منسوباً للبائع فهلاكه عليه وعلى ذلك لا يجوز له ان يطالب بالثمن ويرده ان كان أخذه ويلزم بالتضمينات اذا فسخ المشتري البيع وبتقصير الثمن اذا أبقاه — مادة ٢٩٩ أهلى

وعلى ذلك حكم بأنه اذا وقع البيع على جملة الثبن الموجود بشونة البائع على ثمن معين للحمل الواحد ثم دفع المشتري شيئاً من الثمن ووضع يده على جزء من الشيء المبيع متعهداً بنقل ما بقى من الثبن فى أجل مسمى ودفع باقى الثمن بعد معرفة كمية الشيء المبيع ووزنه جاز للمشتري إما أن يفسخ العقد وإما أن يستلم الشيء المبيع بالثمن المتفق عليه اذا كان قد تلف بفعل البائع — جرجا الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٠٤ عدد ٨١ مجموعة ص ١٥٣ س ٥

٢ — واذا حدث الهلاك بقوة قاهرة كان الهلاك على البائع أيضاً ولكنه لا يلزم بتعويض ما

٣ — وكذلك اذا حدث بفعل أجنبي لأن القانون جعله عليه ولو كان حدوث الهلاك بغير تقصير أو إهمال منه وللبائع حينئذ أن يتبع الأجنبي ويطلبه بالضمان — مادة ٢٩٧

يستوى فيما قدمنا حالة هلاك الكل أو هلاك البعض غير أنه فى حالة هلاك البيع بأكمله يفسخ البيع ويرد الثمن ان كان دفع . وفى حالة نقص قيمته لعيب حدث فيه ينظر اذا كان العيب بحيث لو كان موجوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشراء كان المشتري مخيراً بين الفسخ وبين ابقاء البيع بالثمن المتفق عليه — قارن بين هذا الحكم وحكم الشريعة الاسلامية الوارد فى الفقرة ١١٩٢ السابقة

ويلاحظ أن المراد بالعيب المتقص للقيمة والمشار إليه في مادة ٢٩٨ هو العيب المادي كتلف أو هلاك بعض المبيع كما يستفاد من قول القانون في النص الفرنسي « Détérioration » فهي مقابلة لهلاك الشيء بأكمله المنصوص عليه في المادة السابقة . يؤيد ذلك ما قدمنا في الشريعة الإسلامية من أن المعتبر هو نقصان القدر لا نقصان الوصف لأن نقصان الوصف لا يقابله شيء من الثمن — أنظر قرة ١١٩٢ المتقدمة

ومزية هذه الملاحظة أنها مخرجة لنقص القيمة الناشئ عن أزمه ميساسية أو اقتصادية — بلانيول ج ٢ قرة ١٣٥٢

وتقدير العيب ومعرفة ما اذا كان مانعاً للمشتري من الشراء أمر موكل للقاضي يقدره بحسب جنس المبيع وظروف البيع وإنما يشترط أن يكون العيب موجوداً قبل العقد

١١٩٧ — أما اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته متسبباً للمشتري كان هلاكه عليه فيدفع الثمن ان لم يكن أداه ولا يجوز له استرداده ان كان دفعه — مادة ٢٩٩ اولى

كذلك يكون الهلاك على المشتري في الأحوال الآتية :

١ — اذا دعى المشتري لاستلام المبيع بورقة رسمية كإندار أو بما يقوم مقامها كطالب المشتري أمام القضاء

وقد أشار القانون هنا الى حالة تأخر المشتري في الاستلام بعد انقضاء الأجل المعين له وعلى ذلك لا تصح الدعوة للاستلام الا من اليوم التالى لانقضاء الميعاد المحدد للتسليم . فاذا دعى المشتري قبل ذلك لاستلام المبيع فلا قيمة لهذه الدعوة ويبقى الهلاك على البائع تبعاً للقاعدة الأصلية كما أنه اذا انقضى الأجل ولم تحصل الدعوة للاستلام بالكيفية السابقة فالهلاك يستمر على البائع لأنه رضى ضمناً بتحملة وقد حكم بأنه لا يجوز لمشتري قطن أنذر بالاستلام أن يطلب فسخ البيع اذا لم

ينقص السعر بدعوى أن القطن تلف من المطر فان حق الفسخ لا يخول له إلا في حالة عدم حصول تنبيه رسمي من البائع ووجود تلف يكون مانعاً من البيع لو كان حاصلًا

قبل العقد — مخطوط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ س ١٧ ص ٨٤ فقرة ٤٣٦٨ مجموعة ثانية

٢ — اذا كان المشتري مدعواً للاستلام بمقتضى نص العقد كما اذا اشترط المتعاقدان بأن المشتري يكون مكافئاً بالاستلام بمجرد حلول الأجل وبغير تنبيه أو انذار وما شاكل ذلك فذلك دليل على أن البائع لم يرخص بتحمل الهلاك عقب انقضاء الأجل المعين للتسليم والاستلام — مادة ٢٩٧ أهلى

ويلاحظ ان الفقرة الأخيرة من مادة ٢٩٧ أهلى مستمدة من أحكام المادتين ١١٣٨ و ١١٣٩ من القانون الفرنساوى وان كانت نظرية القانونين متعاكسة ففي القانون الفرنساوى يكون الهلاك في هذه الأحوال على البائع

٣ — اذا وضع المشتري يده على المبيع بدون اذن البائع ولم يكن دفع الثمن المستحق فهلك المبيع وهو في حيازته كان هلاكه عليه لأن ذلك يعتبر من جانبه استلاماً — مادة ٢٧٤ أهلى

١١٩٨ — ويجب أن يحصل التسليم بالكيفية المقررة قانوناً في باب تسليم المبيع فاذا كان المبيع تحت يد أجنبي بالنيابة عن البائع (كستأجر أو وديع) فضمانه على البائع

ويقول الفقهاء بأنه لو قال المشتري للبائع لا أعتدك على المبيع فسلمه الى فلان بمسكه حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع لأن الامساك لأجله — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٥

١١٩٩ — لا صعوبة في تطبيق ما قدمنا من القواعد اذا كان البيع مطلقاً الهلاك في البيوع المعلقة على شرط

فلنتظر في كيفية تطبيقها على البيوع المعلقة على شرط

من المعلوم أن الشرط اما موقف أو فاسخ

فان كان البيع معلقاً على شرط موقف فالهلاك بلا خلاف على البائع حتى في

الشريعة الفرنسية وذلك لأن البيع لا ينعقد والبائع لا يلزم بتسليم المبيع إلا بوقوع الشرط فإذا هلك المبيع قبل وقوعه انعدم محل البيع وامتنع انعقاده وسقطت تعهدات الطرفين من تسليم أو دفع ثمن .

أما إذا كان معلقاً على شرط فاسخ فملكية المبيع تنتقل من تاريخ العقد وعلى ذلك يصح تسليم المبيع واستلامه لأن الذي يكون معلقاً هو الفسخ . فإذا استلم المشتري المبيع أو دُعي لاستلامه كان هلاكه عليه . أما إذا لم يكن استلمه حقيقة أو حكماً فالحلاك على البائع لعموم نص المادة ٢٩٧ مدني أهلى والواقع أن لا خلاف بينه وبين البيع المطلق فإنه إذا هلك المبيع بعد الاستلام ثم وقع الشرط الفاسخ فالفسخ متعذر لهلاك المبيع .

١٢٠٠ — الى هنا سار القانون على طريقة جعل الهلاك تابعاً للتسليم ووفق بين الهلاك في البيع بالحكم الشريعة الاسلامية والشريعة الفرنسية ولكننا نجد أحكاماً أخرى ذهب إليها مذهب القانون الفرنسي بغير أن يظن للملاءمتها مع ما تقدم من الاحكام فقرر في مادة ٢٤١ أهلى أنه إذا كان البيع بالوزن أو بالكيل أو بالعدد فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع الى أن يوزن أو يكيل أو يعد أو يقاس ووجه الانتقاد أنه جعل الهلاك تابعاً للملك جرياً على القاعدة القاضية بأن هلاك الشيء على مالكه وقد قدمنا أن نفس القانون الفرنسي لم يبين نظريته عليها وقد كان القانون المصري في غنى عن الاستهداف لمثل هذا النقد لو أنه استمر على طريقه الذي استنه من جعل الهلاك تابعاً للتسليم لأن التسليم نفسه لا يتم إلا بالوزن أو الكيل أو العدد .

وعلى كل حال يجب الرجوع لشرح القانون الفرنسي لمعرفة الاحوال التي يكون الهلاك فيها على البائع

فإذا كان الوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس لازماً لتقدير الثمن كان الهلاك على البائع لأن البيع لا ينعقد إلا بذلك — مثاله باع شخص جميع القمح الموجود

في مخزنه بسعر الإردب. جنبهاً فهلك كان هلاكه على البائع
وإذا باع شخص عشرة أراذب قمح او عشرة قناطير فحم مما في مخزنه فتلف
بعض القمح او الفحم او انعدم وبقى في المخزن مقدار يفي بتعهد البائع وجب عليه
تسليم القدر المتفق عليه وكان الهلاك عليه وحده

أما في البيع الجزاف فالهلاك على المشتري كما يستفاد (من تقابل مادتي ٢٤٠
و ٢٤١ مدني أهلي ويلاحظ أن في ذلك تناقض للقواعد التي سبق قهرناها ولكن
لا مساع للاجتهاد في مورد النص .

١٢٠١ — وقررت المادة ٩٤ من القانون التجاري الأهلي (٩٩ مختلط و ١٠٠
فرنساوي) على أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها
في الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . انما يكون له الرجوع على
الوكيل بالعمولة وأمين النقل المتعهدين بالنقل

جرت هذه المادة كذلك على قاعدة القانون الفرنسي لفظاً وحكماً ولم يراع
الشارع فيها ما قرره في القانون المدني من أحكام الهلاك ووجوب التمسك على قاعدة
واحدة فحاد عن طريقه وقرر ان الهلاك على المالك طبقاً لقاعدة هلاك الشيء
على مالكه

١٢٠٢ — ولا نزاع في أن الهلاك يكون حينئذٍ على المشتري لأن المالك ينتقل
له بمجرد التراضي وعلى ذلك يجب النظر لمعرفة ما اذا كان في وقت خروج المبيع من
مخزن البائع يكون البيع تم فينتقل الهلاك على المشتري أو لم يتم

١٢٠٣ — أما اذا كان المبيع معيناً بالذات أو كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً وحينئذٍ
يكون الهلاك على المشتري في الحالتين حتى ولو لم يحصل وزن أو عدد أو كيل في
الحالة الثانية

وحتى لو اشترط بين المتعاقدين ان مصاريف النقل على المرسل فان جعل
المصاريف عليه لا يهدم الافتراض الذي افترضه القانون من جعل الهلاك على

المشتري — موندليه ٢١ ديسمبر سنة ١٨٢٦ تعليقات دالوز بقرة ٤ مادة ١٠٠ تجارى
١٢٠٤ — أما اذا كان البيع بالوزن أو الكيل أو العدد فالهلاك على البائع لأن
البيع لا يتم إلا بمحصله. وهذا ما لم يوجد شرط مخالف يقضى بأن الهلاك يكون مع
ذلك على المشتري

١٢٠٥ — كما اذا اشترط أن البيع يكون تسليم السفينة ^(١) فتم تسليم المبيع في هذه
الحالة للسفينة الواجب نقله فيها كان خطره على المشتري — تعليقات دالوز بقرة ٧
مادة ١٠٠ تجارى وحكم المختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ بقرة ٤٣٦٧ مجموعة ثانية
١٢٠٦ — كذلك يكون الهلاك على البائع في حالة ما اذا أرسل البضاعة خطأ
الى المشتري بعنوان مغلوطة

أو أرسلها لوكيل بالعمولة ولم يعلم باسم المرسل اليه فهلك بعد الايداع بسبب
هذا الاهمال

أو اشترط أن يكون الهلاك على البائع
أو تعهد باجراء التسليم في مكان متفق عليه فانه يعتبر مالكا حين التسليم —
« فقرات ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ منه »

١٢٠٧ — وعلى كل حال لا يكون هلاك المبيع على المشتري إلا اذا كان في
الامكان تمييز المبيع وتسليمه بنية نقل الملك اليه . فاذا أرسلت البضاعة لشخص
ثالث وطلب منه أن لا يسلمها إلا بعد دفع ثمنها أو اتخاذ الكفالات اللازمة فالهلاك
على البائع — بقرة ١٧ منه

تنبيه — يلاحظ ان القاعدة في الشريعة الإسلامية مطردة فالهلاك على البائع
 طالما ان التسليم لم يحصل . جاء بابن عابدين ما يأتي :

اشترى وعاء لبن في السوق فأمر البائع بنقله الى منزله فسقط في الطريق فعلى البائع
ان لم يقبضه المشتري

(١) *Livraison sous vergue ou franco à bord*

واشترى في المصر خطباً فغصبه غاصب حال حمله الى منزله فمن البائع لأن عليه التسليم في منزل الشاري بالعرف - أنظر ج ٥ ص ٤٥ وجاء بالبداية :

ان كان المبيع مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معاددة ووجدت التخية يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لأنه لا يعتبر معرفة القدر في بيع المجازفة . وان باع مكايلة أو موازنة في المكيل أو الموزون وخلى فلا خلاف في أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخية قبل الكيل والوزن يهلك على المشتري - أنظر ج ٥ ص ٢٤٤

فصل التاسع

في تعهدات البائع

١٢٠٩ - ينال فيما تقدم حكم البيع الأصلي وهو نقل الملك^(١) ونشرع الآن في بيان
عمومات الأحكام التبعية وهي نوعان :

نوع خاص بتعهدات البائع ونوع خاص بتعهدات المشتري وسنتكلم عليها بهذا الترتيب
١٢١٠ - قسم القانون تعهدات البائع الى قسمين :

١ - تسليم المبيع

٢ - ضمان المبيع

وهذان هما التعهدان الأساسيان وقد يفصلها بعضهم كما يأتي :

(١) يزيد الشرعيون صفة لهذا الحكم وهي اللزوم بمعنى أنه لا يتفرد احد العاقلين بالفسخ فاذا انعقد البيع صحيحاً فلا يجوز فسخه الا بالتراضي او التقاضي بناء على وجه قانوني للفسخ ولا نزاع في ان هذا حكم القانون أيضاً .

١ - حفظ المبيع وصيافته لحين تسليمه

٢ - تسليمه بالكيفية المعتبرة قانوناً

٣ - ضمان العيوب الخفية .

٤ - ضمان عدم منازعة البائع للمشتري في حيازته

٥ - ضمان تعرض الغير أو استحقاق المبيع له

١٢١١ - أما التعهد الأول فهو نتيجة طبيعية للتعهد بالتسليم فعلى من يلزمه تسليم شيء أن يقوم بحفظه وصيافته حتى يئسر له الوفاء بالتزامه فإذا قصر فعليه تبعة تقصيره .
فأما هو كالحارس مسئول عن حراسة الشيء حتى يسلمه طبقاً للباديء العامة

ويترتب على التزام البائع بحفظ المبيع وصيافته الى حين تسليمه أن يمتنع عن احدثات أى تغيير في المبيع بنفسه بعد البيع اذ يجب أن يسلم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد - قارن مادة ١١٣٦ فرنساوى وبلانيول ج ٢ فقرة ١٤٤٧ و ١٤٥٣

١٢١٢ - أما التعهدات الثلاثة الأخيرة فليست سوى تجرئة للتعهد بالضمان

وقد تختلف تعهدات البائع مع ذلك باختلاف الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين .
فإذا نص على شرط وجب اتباعه والأفيرجع لحكم القانون في الأحوال المسكوت عنها . ومعنى ذلك أنه اذا لم ينص في الشروط للمعقودة على شيء خاص كان التزام البائع قاصراً على التعهدات القانونية وهي الضمان والتسليم بالكيفية المقررة في القانون وعلى هذا المبدأ حكم بأن من باع أرضاً لا يكون ملزماً بإيجاد مسيل لياه المطر التي تسيل من منزل بناء المشتري بالأرض المذكورة ما لم يوجد شرط خاص بالزامه بذلك لأن هذا الالتزام لا يدخل ضمن التعهد بالتسليم ولا التعهد بالضمان - أنظر بودوى

المطول فقرة ٢٨٥ والتعليق الوارد عليها

وسنتبع في شرحنا تقسيم القانون

القسم الأول - في التسليم

قوانين مصرية

مادة ٢٧١ أهلى - تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع .

ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل .

مادة ٣٤٢ مختلط - مطابقة لها .

مادة ٢٧٢ أهلى - يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها فتسليم العقار اذا كان من المبانى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه واذا كان عقاراً آخر فتسليم حججه وهذا وذلك ان لم يكن مانع لوضع يد المشتري عليه .

وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد الى يد أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات .

ويجوز حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر .

شريعة اسلامية

مادة ٣٤٠ مرشد الخيران - التسليم في المبيع هو أن يحل البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن المشتري من قبضه من غير حائل ولا مانع .

مادة ٣٤١ منه - التخليه قبض حكماً وهي تختلف بحسب حال المبيع فان كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو محو ماله قفل فتسليمه يكون بدفع المفتاح الى المشتري مع الاذن له بقبضه كما يكون بالتخليه بين المبيع والمشتري والاذن له باستلامه ان كان المبيع قريباً منه .

مادة ٣٤٢ منه - اذا كان المبيع أرضاً فتسليمها الى المشتري يكون بالتخليه من البائع على وجه يتمكن المشتري من قبضها بأن تكون قرية منه .

فان كانت بعيدة عن المشتري فلا يعتبر قابضاً بمجرد اذن البائع له بالقبض .

مادة ٣٤٣ منه - اذا كان البائع منقولاً فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله الى يد المشتري أو وكيله كما يكون بالتخليه والاذن بالقبض .

فاذا كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق الى المشتري مع الاذن له بقبضه .

مادة ٣٤٤ منه - كيل المكيلات ووزن الموزونات المينة بأمر المشتري ووضعها في الاوعية والجوايق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها يكون تسليمها .

مادة ٣٤٥ منه - اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع بقصب أو بعقد قاسد فاشتراها من المالك يتوب القبض الاول عن الثاني .

وان كان المبيع في يد المشتري عارية أو

مادة ٣٤٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٣ أهلى — تسليم مجرد الحقوق

يكون بتسليم سنداتها أو بتصریح البائع للمشتري بالاتفاق بها ان لم يوجد ما يمنع من الاتفاق المذكور

مادة ٣٤٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٤ أهلى — وضع اليد على المبيع

بدون اذن البائع لا يكون معتبراً ان لم

يدفع الثمن المستحق بل يكون للبائع الحق

حينئذ في استرداد المبيع انما اذا هلك

المبيع وهو في حيازة المشتري كان هلاكه عليه

مادة ٣٤٥ مختلط — مطابقة لها

وديعة أو رهناً فلا يصير قابضاً بمجرد العقد الا أن يكون المبيع محضرة أو يذهب اليه حتى يتمكن من قبضه

مادة ٣٤٦ — يشترط في التسليم ان

يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق البائع

فان كان المبيع داراً مشغولة بمناخ للبائع أو أرضاً

مشغولة بزراعة فلا يصح التسليم الا اذا فرغ

الدار من المناخ والارض من الزرع ويحجر على

التفريغ والتسليم للمشتري اذا تقدم لثمن

مادة ٣٤٧ — اذا قبض المشتري المبيع

ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنه من قبضه

يعتبر ذلك اذناً من البائع له بالقبض

مادة ٣٤٨ منه — اذا قبض المشتري

المبيع قبل اداء الثمن المستحق اداؤه بلا اذن

بائعه فلا يكون قبضه معتبراً وللبائع حق

استرداده فان هلك المبيع في يد المشتري ينقلب

القبض معتبراً ويلزم المشتري اداء ما في ذمته

من الثمن

مادة ٣٤٩ منه — تأجير المشتري المبيع

قبل قبضه ولو من بائعه أو يمه قبل قبضه ولو

منه وهو منقول غير جائز فلا يصير به قابضاً

للمبيع

وان وهب المشتري العين المبيعة قبل قبضها

أو رهناً قبله وقبضها الموهوب له أو المرتهن

جاز وقام قبضه مقام قبض المشتري

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٠٤ منه — التسليم هو نقل

المبيع الى حيازة المشتري وقدرته على التصرف فيه

مادة ١٦٠٥ منه — الزام تسليم العقار

يحصل بتسليم البائع المفتاح للمشتري اذا كان

المبيع بناء أو بتسليم سند الملكية

مادة ١٦٠٦ منه — تسليم الأمتعة

المنقولة يحصل :

اما بالقبض فعلا

واما بتسليم مفاتيح البيت الذى فيه تلك الأمتعة

أو بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان النقل لا يتأتى
حصوله وقت البيع أو كان المشتري واضعاً يده
عليها قبل الشراء لسبب آخر .

مادة ١٦٠٧ منه — تسليم مجرد الحقوق
يكون بتسليم سنداتهما أو باستعمالها الحاصل
برضاء البائع

١٢٠٢٣ — عرف القانون التسليم في المادة ٢٧١ أهلى فقال بأن تسليم المبيع هو عبارة

عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والالتفاف به بدون مانع

وقد استمد القانون هذا التعريف من الشريعة الإسلامية لأن القانون الفرنسي

باتفاق الشراح أخطأ في وضع التعريف الذى أورده في مادة ١٦٠٤ فرنساوى فان عبارة

«وقدرة المشتري على التصرف فيه» تفيد القبض الناقل للملك كما كان الحال في عهد

القانون الرومانى ومعلوم أن الملك ينتقل بمجرد التعاقد بغير حاجة لاجراءات أخرى

أما التسليم في الشريعة الإسلامية فيعرفه الفقهاء بأنه يكون بالتخلى على وجه يتمكن

المشتري من التصرف فيه وقبضه بلا حائل ولا مانع

والمراد بقولهم بلا حائل ولا مانع أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير فلو

باع داراً وسلمها الى المشتري وله فيها متاع قليل أو كثير فلا يكون ذلك تسليماً حتى

يسلمها فارغة — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٥

وبعبارة أخرى فالتسليم والقبض هو التخلي والتخلي وهو أن يخلى البائع بين المبيع

وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل

البائع مسلماً للبيع والمشتري قابضاً له — بدائع ص ٢٤٤ ج ٥

وقد زاد القانون الفقرة الثانية من مادة ٢٧١ القاضية بأنه « يحصل وفاء الالتزام

بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل » نقلاً

عن الشريعة أيضاً

فالشرعيون يقولون ان التسليم عبارة عن جعل المبيع مسلماً للمشتري أى خالصاً

له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلي فكأبت التخلي تسليماً من البائع

والتخلي قبضاً من المشتري . وذلك لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عبدة ما وجب عليه والذي في وسعه هو التغطية ورفع الموانع . فاما الاقباض فليس في وسعه لأن القبض فعل اختياري للقباض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز - بدائع ص ٢٤٤ ج ٥ . وهذا يوضح المراه بالفقرة الثانية السالفة الذكر ويعمل حكمة وضعها . وانما يشترط لصحة الوفاء أن يعلم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه

١٢١٤ - والتسليم وان لم يتوقف عليه نقل الملك كما كان الحال في عهد القانون الروماني الا أنه يترتب عليه نتائج هامة وهي أنه :

١ - يتقل حيازة البيع شرعية للمشتري ويمكنه من الانتفاع به واستعمال الحقوق التي ينحولها له حق الملكية . ولهذا أجاز له طلب فسخ البيع اذا تأخر البائع عن التسليم بعد التكليف به - مادة ٢٧٨ امل (٢٤٩ مخطط)

٢ - ويلزم المشتري بفوائد الثمن حتى يؤديه اذا كان المبيع الذي سلم يأتي بثمرة أو ينتج منه أرباح - مادة ٣٣٠ امل

٣ - ويجعل هلاك المبيع على المشتري أما قبله فتارة يكون على البائع وطوراً على المشتري كما سبق

٤ - وينقل الملك في البيع المعين بنوعه فقط - مادة ٢٦٨ امل

١٢١٥ - ولما كان التعهد بالتسليم ليس قاصراً على عقود البيع بل يحصل في العقود المثبتة لمجرد حقوق شخصية كعقد الاجارة وجب الرجوع الى طرق التسليم الواردة في باب البيع وتطبيق قواعدها على تلك العقود لأن القانون لم يبين للتسليم طرقاً أخرى غير التي نحن بصدددها - بودري المطول فقرة ٢٨٧

١٢١٦ - التسليم اما أن يكون فعلياً كاعطاء المتقول المشتري أو حكماً كوجود الشيء تحت يد المشتري بسبب ما كالاجارة أو العارية فاذا اشترى المستأجر العين من المالك ناب القبض الأول عن الثاني . وليس من اللازم أن يكون التسليم فعلياً

التسليم في غير البيع

طرقه

فوقاء الالتزام بالتسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع وعلمه بذلك ولو لم يحصل التسليم فعلاً .

١٢١٧ - وقد هجرت القوانين الحديثة طرق التسليم القديمة كالسليم الصوري أو الرمزي وكان من مقتضاه أن يسلم البائع بعض الطين للمشتري رمزاً على تسليم المبيع له

فليس للتسليم الآن طرق خاصة بل تسليم كل شيء يكون بحسب جنسه وتلك هي القاعدة العامة التي أوردها القانون في مادة ٢٧٢ أهلى ثم أشفعها بعد ذلك ببيان بعض الطرق في تسليم العقارات والمنقولات والحقوق المعنوية. (مجرد الحقوق) .

١٢١٨ - ولا يغيب عن الذهن ان تلك الطرق واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر كما يستفاد من صريح التعبير بلفظ « يجوز » . لذلك ترى أنه قد يقضى العرف أو يتفق المتعاقدان على خلافها مما لا حصر له .

الفرع الأول - في تسليم العقارات

١٢١٩ - قررت المادة ٢٧٢ أهلى بأن تسليم العقار اذا كان من المباني يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه واذا كان عقاراً آخر فتسليم حججه وهذا وذاك ان لم يكن مانع لوضع يد المشتري عليه

فتسليم المفاتيح والحجج يراد به تمكين المشتري من وضع يده على المبيع والتصرف فيه تصرف الملاك فاذا كان المبيع مكاناً مغلقاً وجب تسليم المفتاح لامكان دخوله وتسليم الحجج لاثبات ملكيته للمشتري

والمراد بالحجج المقتضى تسليمها جميع المستندات التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع لا مجرد عقد البيع . وذلك لأن سندات الملك لازمة للمشتري اذا اراد التصرف فيما اشتراه لأنه مجبور على اثبات ملكيته له عند التصرف فيه . فاذا اقتصر على

قديم عقد مشتراه هو لما كان ذلك كافياً لاثبات أن بائعه ومن تلقى الملك عنهم كانوا يملكون العين المبيعة

فجميع المستندات التي تثبت ذلك هي ما يجب تسليمه للمشتري وهي التي يعتبر بتقديمها ان التسليم تام - أنظر بودوى المطول فقرة ٢٩٢

ويجوز أن لا يتم التسليم إلا بتسليم المفاتيح والحجج معاً متى كانت الحجج تحت يد البائع كمالك منزل «بعقد» باعه فعليه أن يسلم الحجة التي اشترى بها والمفاتيح فإذا امتنع عن تسليم الحجة راعياً تسليم المفاتيح فقط كان التسليم غير تام . أما إذا كان المنزل آل إليه بالميراث فتسليم مفاتيحه كاف

١٢٢٠ - والتخلية لازمة لصحة التسليم . فواجب على البائع أن يترك المبيع للمشتري وجوب التخلية على وجه يتمكن فيه من قبضه وأن يمتنع عن التصرف فيه : فإذا كان المبيع داراً للسكنى كفَّ عن سكناها ونقل أمتعته منها وإن كانت أرضاً كفَّ عن زراعتها وجنى محصولها وإن كانت أملاكاً مؤجرة امتنع عن تحصيل الأيجار . وهكذا يمتنع عن مباشرة كل ما كان له من الحقوق بصفته مالكاً بطريقة الامتناع تختلف باختلاف المبيع

١٢٢١ - وقد يعتبر مجرد الامتناع عن مباشرة الحقوق تسليماً لأنه ليس في قدرة البائع أن يفعل شيئاً آخر . مثال ذلك بيع فضاء آل للبائع بالميراث أو بمضى المدة ففي هذه الحالة لا تسلم حجج ولا مفاتيح وإنما يتم التسليم بتخلية الأرض ووضعها تحت تصرف المشتري وعمله بحيث يمكنه استلامها - أنظر الفقرة الثانية من مادة ٢٧١

١٢٢٢ - كذلك يحصل التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجوداً التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر كارتهاؤه أو استئجاره أو غصبه (١) - « مادة ٢٧٢ فقرة أخيرة »

١٢٢٣ - إذا وجد عائق لوضع اليد ناشئ من فعل البائع لأنه لم يدفع الثمن

(١) راجع مادة ١٧٦ أهلى (٢٣٩ مختلط) فهي تنص على براءة ذمة المتعهد بتسليم عقار إذا استحصل على تعيين أمين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد أو في غيبته بعد تكليفه بالحضور

بأكمله لمن باع اليه هو فهذا العائق يحيز للمشتري بعد انذار البائع أن يطلب فسخ البيع لعدم قيامه بتسليم المبيع - مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ فقرة ٤٣٨٣ مجموعة ثانية

الفرع الثاني - في تسليم المنقولات

١٢٢٤ - قال القانون ان تسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد الى يد أو تسليم طرفه مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات أو بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر - مادة ٢٧٢ أهلى (٣٤٢ مخطط) وهذه ليست الطرق الوحيدة لتسليم المنقولات . فقد يتم التسليم بالتخلية ووضع المبيع تحت تصرف المشتري مع علمه بذلك ولو لم يستلمه فعلاً . مثال ذلك زرع قائم فتسليمه لا يتأتى أن يكون بالمناولة وانما يتم بالتخلية والكف عن التصرف فيه بأى وجه من قبل البائع

١٢٢٥ - وفي حالة حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين لوجود المبيع تحت يد المشتري بسبب آخر غير البيع كالاجارة والوديعة يقول فقهاء الشريعة الاسلامية بأن القبض الأول ينوب عن القبض الثانى (راجع مادة ٣٤٥ مرشد الخيران) ويقول شراح الافرنج ان صفة وضع اليد هنا تتغير من حال الى حال فبعد ان كان المشتري واضعاً يده بالنيابة عن البائع فانه يضع يده بصفته مالكاً وبعد ان كانت يده يد أمانة تصبح يد ملك وعلى ذلك يعتبر هذا التغيير تسليماً لأن الشئ أصبح موضوعاً تحت تصرف المشتري والبائع تنازل عن حق حيازته

١٢٢٦ - ويكون التسليم ايضاً بمجرد التراضى على وضع يد البائع بالنيابة عن المشتري (١) فاذا اتفق البائع مع المشتري على أن يستمر البائع واضعاً يده على المبيع كمتأجر أو متفع أو غير ذلك فيعتبر أنه وضع يده بالنيابة عن المشتري وانه استلم منه الشئ بعد تسليمه له بمجرد الارادة . والتغيير هنا يحصل فى وضع يد البائع فبعد ان كانت يد تملك أصبحت يد عارية تعترف بملكية المشتري

فى التسليم
بالتراضى على
وضع يد البائع

- ١٢٢٧ - وقد يكون التسليم بأعمال أخرى خلاف التراضي
- ١ - كالمناولة يدأً ليد أو بوزن الموزونات وكيل المكيلات ووضعها في الأوعية بالجوالق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها وجعلها تحت تصرفه
- ٢ - أو نقلها من مكانها بحيث تكون تحت تصرف المشتري فيفسر له وضع يده عليها والاتفاق بها بلا مانع - قارن مادة ٣٤٤ مرشد الحيران والمختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٣٧٨ مجموعة ثانية
- ٣ - أو باعطاء مفاتيح المخزن الموضوع به الشيء المبيع . ولا يشترط أن يكون تسليم المفاتيح عند المخزن المذكور
- ٤ - أو بتسليم المستندات المثبتة لملكية البائع - وسكوت القانون عن ذكر المستندات في حالة تسليم المنقولات لا يفيد عدم ضرورتها لأن السكوت هنا سببه أنه في غالب الأحيان لا توجد مستندات للمنقولات ولكن متى وجدت سلمت فإذا كانت البضاعة مثلاً مودعة بشونة أو مخزن عمومي وجب على البائع أن يسلم المشتري الايصال الدال على تملكه للمبيع وفي حالة بيع السفن التجارية يجب تسليم عقد التمليك لأنها لا تباع إلا بسندات رسمية - مادة ٣ من قانون التجارة
- ٥ - أو بوضع علامة المشتري أو ختم محل تجارته عليه برضاء البائع فان ذلك يفيد استلام البضاعة ومتى كان حصوله برضاء البائع فانه يدل على انه سلم المبيع للمشتري فاستلمه ووضع عليه علامته
- ٦ - وفي حالة بيع شيء مسلم لأمين نقل كسخته بسكة الحديد أو المراكب أو عربات النقل فالتسليم يكون بارسال بوليصة الشحن أو جواب الاستلام للمشتري لأنه بمقتضى هذه البوليصة يكون له الحق وحده في استلام الشيء
- ٧ - كذلك يحصل التسليم باعطاء أمر تسليم للمشتري به يأمر البائع مستخدمه بتسليمه الشيء المبيع
- وهكذا لأنه من المستحيل تعداد جميع أوجه التسليم فانها تختلف باختلاف المبيع ومكان وجوده وعرف الجهة

٨ - والأعمال التي تفيد سبق التسليم والاستلام تعتبر في حكم التسليم مثال ذلك وضع علامات محل تجارة المشتري على بضاعة اشتراها ولو لم يستلمها فعلاً . أو جنى قطن وقطعه . أو قطع شجر واستصناعه . فان هذه الأعمال التي تفيد التصرف في المبيع تدلّ على أن التسليم تم وإن كان لم يحصل في الواقع بطريقة فعلية

١٢٢٨ - ومجمل القول انه يجب الرجوع للأحكام العامة التي وضعها القانون للتسليم . فمتى وضع الشيء تحت تصرف المشتري وعلم به وجاز له التصرف فيه بلا مانع كان ذلك تسليماً مبرئاً له من تعهده به

وقد يعد العمل الواحد أحياناً تسليماً وأحياناً لا يعد كذلك ك شحن بضاعة بطريق السكة الحديد . فمجرد الشحن يعد تسليماً إذا كان التسليم يحصل بالجهة التي فيها التصدير وليس الأمر كذلك إذا كان التسليم بجهة الوصول فان التسليم لا بدّ من حصوله فعلاً للمشتري وإن كان بمركب يجب على الأقل أن يكون المشتري أنزل البضاعة على الرصيف

١٢٢٩ - ويجب الاحتراز من الخلط بين التسليم وبين استعمال الشيء وتخزينه لمعرفة ما إذا كان صالحاً لما أعد له أو غير صالح

في التفريق
بين التسليم
والاستعمال

فان التعهد بالتسليم أمر لازم لكل بيع . أما حق التجربة فلا ينشأ إلا عن شرط صريح في العقد أو عن العرف الثابت ويترتب عليه عدم انعقاد البيع إلا بعد تمام التجربة كما سبق فأبنا ذلك لأن البيع يعد معلقاً على شرط موقف

١٢٣٠ - ولتحديد ميعاد التسليم أهمية كبرى فانه إذا استلم المشتري المبيع فليس للبائع حق الاسترداد إذا أفلس المشتري المذكور - بودري المطول فقرة ٢٩٥

أهمية تحديد
ميعاد التسليم

١٢٣١ - وحكم بأنه إذا بيع قطن من زراعة البائع على أن يسلمه في مخازنه فالوفاء بالتعهد بالتسليم يتم بوزن القطن ووضعه في الأكياس التي أحضرها المشتري

د مخطوط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٣٧٨ مجموعة ثانية

الفرع الثالث — في تسليم الحقوق المعنوية

١٢٣٢ — نص القانون في مادة ٢٧٣ أهلى على أن تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها أو بتصريح البائع المشتري بالاتفاق بها ان لم يوجد ما يمنع من الاتفاق المذكور والمراد بمجرد الحقوق وهو اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية الحقوق المعنوية

Droits incorporels

١٢٣٣ — ظاهر المادة انه لتسليم الحقوق المعنوية طريقان : تسليم المستندات أو التصريح بالاتفاق مع عدم المانع. والحقيقة أن طرق التسليم غير محصورة هنا كما لم تكن محصورة في الحالتين السابقتين وللبائع أن يتخذ أى طريق مؤد لجعل الشيء تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه بلا مانع عملاً بالقاعدة العامة المبينة في الفقرة الأولى من مادة (٢٧١)

والطريقة الأولى وهى تسليم المستندات تعد تسليماً حقيقياً أما الثانية وهى التصريح بالاتفاق بلا مانع فتسليم حكماً لأن الاذن بالاتفاق من البائع ثم مباشرة الاتفاق من المشتري تفيد اجراء التسليم فعلاً وان المشتري حاز المبيع ثم شرع في استعمال الحقوق المترتبة عليه وكأن التسليم حصل بمجرد ارادة المتعاقدين

١٢٣٤ — والحقوق المعنوية إما أن تكون عينية كحق ارتفاق وحق انتفاع أو شخصية كدين فان كان انتقالها ثابتاً بعقود فالتسليم يتم بتقديمها للمشتري أما اذا لم تكن ثابتة بعقود كبيع حق مرور أو مظل كسبه البائع بمضى المدة فالتسليم يكون بترك المشتري ينتفع بلا حائل ولا مانع فتمت مر المشتري وتركه البائع يفعل ذلك ثم التسليم

١٢٣٥ — ويلاحظ أنه يكون من الضروري أحياناً اجراء التسليم فعلاً حتى ان

في لزوم
التسليم فعلاً

مجرد الاذن بالاتفاق لا يكفي للوفاء به وذلك كحالة بيع الديون فلا بد من تسليم السند المثبت لوجود الحق المبيع وقت تحويله وانه لا يزال باقياً للبائع لأن مجرد الاذن بالاتفاق أى بمطالبة المدين لا تنفي ولكن استلامه للسند يجعله صاحب حق له استعماله متى توفرت الشروط القانونية في الحوالة

الفرق بين الوفاء بالتسليم والحيازة الفعلية ١٢٣٦ - وليلاحظ ان قيام البائع بالوفاء بالتسليم وهو وضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يستلمه فعلاً (مادة ٢٧١ فقرة ثانية) لا يجعل للمشتري الحق في التمسك بالحقوق المترتبة على الحيازة أو وضع اليد الفعلية . فلو سلم البائع حجب الدار المبيعة للمشتري فلم يضع يده عليها ثم تبين انه اشترى من غير مالك فلا تبدى مدة الخمس سنين المكسبة للتمسك بمضى المدة الا من وقت الحيازة الفعلية . وعلى ذلك يعتبر البائع انه أوفى بتعهد المترتب على البيع وهو التسليم ولكن التسليم لا ينتج مفعوله بالنسبة لحقوق المشتري الذي لم يحز العين حيازة فعلية وذلك لأن الوفاء بالتسليم لا يصح أن يضر بحقوق الغير

وهكذا الحال في المنقولات فان ملكيتها لا تثبت في حق كل انسان الا بالحيازة الفعلية فوفاء البائع بالتسليم وعدم حيازة المشتري فعلاً للشيء كاعطاء البائع اذنًا للمشتري بالاستلام فلم يستلم لا يجعلها ثابتة في حق كل انسان - بودرى المطول فقرة ٢٩٩

التصريح بالتسليم دلالة ١٢٣٧ - في الأحوال التي يجوز فيها تصريح البائع بالتسليم يصح أن يكون التصريح صراحة أو دلالة فاذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك اذنًا من البائع له بالقبض وهذا اذا كان دفع الثمن - قارن ٣٤٧ مرشد الحيران

الفرع الرابع - في وضع اليد بدون اذن البائع

عدم اعتباره وما يترتب عليه ١٢٣٨ - نصت المادة ٢٧٤ أهلى (٣٤٥ مختلط) على أن وضع يد المشتري على المبيع بدون اذن البائع لا يكون معتبراً ان لم يكن دفع الثمن المستحق وخوّل للبائع الحق في استرداد المبيع

وهذا النص مستمد من الشريعة الاسلامية كما يستفاد من تقابل المواد - قارن ذلك مع مادة ٣٤٨ مرشد الحيران

والغرض منه المحافظة على حق البائع في حبس المبيع تحت يده حتى يستوفى الثمن وفي استرداده اذا حصل استلامه بغير اذن - أنظر أيضاً مادة ٢٧٩ أهلى (٣٥٠ مختلط)

فمن المعلوم أن المشتري حق استلام المبيع ولكن إذا استلمه بغير إذن بائه فلا يكون هذا الاستلام معتبراً لأنه معطل لحق البائع في الحبس وليس للمشتري أن يستلم المبيع بطريق غير الطرق التي منها القانون للتسليم

ويترتب على ذلك أنه إذا وضع المشتري يده على المبيع بغير إذن البائع لم يكن ذلك تسليماً صحيحاً في حق البائع المذكور ويكون له استرداده لحبسه تحت يده حتى يستوفي المستحق من الثمن ولكنه يعتبر صحيحاً متبجاً لجميع النتائج المترتبة على التسليم في جانب المشتري فيسقط حقه في طلب التسليم لأنه وضع يده على المبيع فعلاً وإذا هلك فهاكه

عليه - راجع فتحي باشا ص ٢٣٦ وجرائمولان فقرة ٦٢

أما سبب هلاكه عليه فإن الهلاك بعد الاستلام على المشتري ولهذا يجب على المشتري أداء الثمن لأن البيع قهر بقبض المبيع فوجب تقرير الثمن أيضاً - بدائع

الصنائع ص ٢٣٩

١٢٣٩ - ويشترط لتطبيق هذه المادة شروط وهي :

شروط ذلك

١ - أن لا يكون حصل الاذن بالاستلام صراحة أو دلالة فإذا كان البائع رأى المشتري وهو يقبض المبيع ولم يمنعه من القبض كان ذلك اذناً به - ابن عابدين ص ٤٤
٢ - وأن يكون الثمن مستحق الدفع كله أو بعضه فوراً لأنه إذا كان مؤجلاً فليس للبائع حق حبس المبيع

٣ - وأن لا يكون الثمن قد دفع . فإذا كان الثمن دفع فلا يجبر المشتري على رد المبيع لأنه له طلب الاستلام في الحال - مادة ٢٧٤ أهلى

كذلك كل ما أسقط حق الحبس من جهة البائع فهو مانع له من التمسك بهذه المادة فإذا سلم المبيع باختياره للمشتري قبل الحصول على الثمن فليس له أن يسترد المبيع وإنما يكون له حق طلب الفسخ - مادة ٢٨٠ مدنى أهلى

وإذا أحال البائع على المشتري بالثمن ورضى المشتري بالحوالة فلا يكون للبائع حق في استرداد المبيع إذا استلمه المشتري بغير اذنه

الفرع الخامس — في مصاريف التسليم

قوانين مصرية

شريعة اسلامية

مادة ٣٧٢ مرشد الحيران — المصاريف المتعلقة بالثمن كعده ووزنه تلزم المشتري وحده وكذلك مصاريف الحمل

مادة ٣٧٣ منه — على البائع مصاريف التسليم كاجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه
مادة ٣٧٤ منه — اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات تلزم المشتري

مادة ٢٨٣ أهلى — على البائع مصاريف تسليم المبيع كأجرة نقله لمحل التسليم وأجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك

مادة ٣٥٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٤ أهلى — ومصاريف المشال

ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري وكذلك رسوم عقد البيع وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٠٨ منه — مصاريف التسليم على البائع ومصاريف المشال على المشتري ما لم يوجد شرط مخالف

مادة ٣٥٦ مختلط — مطابقة لها

١٢٤٠ — لما كان التسليم من تعهدات البائع وجب عليه القيام بالمصاريف التى يستلزمها التسليم على الطريقة التى عرفناها وهى وضع الشئ تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه حيازته والانتفاع به بلا مانع . فاذا صار الشئ تحت تصرف المشتري كان له أن يتصرف فيه بحسب ما يشاء وعلى هذا يكون عليه مصاريف حمله ونقله للجهة التى يختارها كأجرة التصدير والنقل من محل التسليم . وكلامنا هنا مقصور على مصاريف التسليم والاستلام أما مصاريف عقد البيع ورسومه فسبق الكلام عليها فى موضعه

١٢٤١ — لم تحدد المادة مصاريف التسليم ولكنها ذكرت بعض أنواعها على

سبيل البيان كأجرة نقل المبيع لمحل التسليم وأجرة الكيل والوزن أو المقاس

حكمة جعلها على البائع

ويمكن تحديدها بالكيفية الآتية :

تشمّل مصاريف التسليم كل ما يلزم لوضع المبيع تحت تصرف المشتري على وجه يتمكن فيه من جيازته والانتفاع به . فمصاريف من يكلف بتسليم مفاتيح المنزل المبيع على البائع ومصاريف نحو الرهن الواقع على العين المبيعة عليه كذلك لأن فك الرهن لازم للتسليم والانتفاع بغير مانع

ومصاريف الكيل أو الوزن أو المقاس على البائع لأنها لازمة لإمكان التسليم وبدونها لا يتحقق (بودرى المطول فقرة ٣ وابن عابدين ص ٤٣ ج ٤) . وهذا طبعاً في الأشياء التى تباع بالكيل أو الوزن الى آخره

قال ابن عابدين ولا يحتاج الحال لذلك فى بيع المجازفة لأن الكيل أو الوزن ليس بلازم لتمام التسليم وجاء به أيضاً ان صب الخنطة فى وعاء المشتري على البائع -
« انظر ابن عابدين ص ٤٣ ج ٤ »

أما مصاريف المشال فهى المصاريف التى يستلزمها استلام المشتري للشيء المبيع مصاريف المشال فمصاريف حزم البضاعة وتفريغها ونقلها للمحل الذى يريد المشتري ومصاريف الجمر ككلها على المشتري المذكور

١٢٤٢ - على أن القواعد العامة تميز الاتفاق على خلاف ذلك فالتعاقدين جواز الاتفاق أن يشترطاً صراحة ما يريدان من الشروط التى تجعل المصاريف كلها أو بعضها على عاتق أحدهما

كما أن العرف التجارى معتبر فى هذا المقام فاذا جرى العرف التجارى على أن البائع هو الذى يتحمل مصاريف المشال مثلاً لزمته أو جرى على أن مصاريف الكيل أو الوزن على المشتري تحملها الأخير وذلك لاعتبار أن المتعاقدين أرادا اتباع العرف فى تعاملهما فلم ينصا على خلاف المعروف - راجع مادة ٢٨٤ أهلى و ٣٥٦ مخطط فاذا لم يكن عرف تجارى ثابت ولا اتفاق صريح سرى حكم القانون وهو ما بينا

الفرع السادس — في مكان التسليم

شريعة اسلامية

مادة ٣٥٠ مرشد الحيران — مطلق
العقد يقتضى تسليم المبيع حيث كان وقت العقد
ولا يقتضى تسليمه في مكان العقد

مادة ٣٥١ منه — اذا كان المشتري لا يعلم
محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار
ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه واستلم
المبيع حيث كان موجوداً

مادة ٣٥٢ — اذا اشترط في العقد على
البائع تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه في
المحل المذكور

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٠٩ منه — يجب أن يحصل
التسليم في المكان الذى يوجد به المبيع وقت
البيع ما لم يشترط ما يخالف ذلك

قوانين مصرية

مادة ٢٧٥ أهلى — يجب تسليم
المبيع في محل وجوده وقت البيع ما لم
يشترط ما يخالف ذلك

٣٤٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٦ منه — اذا تعين في عقد
البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل
وجوده الحقيقى فيكون هذا التعيين لازماً
للبائع بنقل المبيع الى المحل المعين اذا
طلب المشتري ذلك

وفي حالة ما اذا لم يمكن النقل أو ترتب
عليه تأخير مضر بالمشتري يكون له الحق
في فسخ البيع مع أخذ التضمينات اذا
كان البائع حصل منه تدليس

٣٤٧ مختلط — مطابقة لها

١٢٤٣ — ليس على البائع أن ينقل المبيع لمحل المشتري^(١) ولهذا يتعين تسليمه
في المكان الذى يوجد به وقت العقد وعلة ذلك أن الغرض من التسليم وضع المبيع
تحت تصرف المشتري

يسلم المبيع

في مكان وجوده

(١) المبيع قانوناً مطالب به *quérable et non pas portable* أى على المشتري
أن يحضر لطلبه وليس على البائع أن ينقله لمحل المشتري

على أن حكم انقائون هذا لا يتبع إلا عند عدم الاشتراط على خلافه صراحة
أودلالة - بودرى المطول ققرة ٣٠٢ ص ٣٠٤ ومادة ٢٧٥ أهلى و ٥٣٠ مرشد

فالمتعاقدین أن يتفقا على مكان للتسليم غير محل وجوده الحقيقى وحينئذ يجب جواز الاتفاق
أن يحصل التسليم فى ذلك المكان ولو اقتضى الحال نقله بمصرف قليل أو كثير. فان على خلاف ذلك
تعذر النقل. أو ترتب عليه ضياع وقت أضر بالمشتري وكان ذلك بفعل البائع وسوء نيته
جاز للمشتري طلب فسخ البيع والتعويض - مادة ٢٧٦ أهلى وقتضى ناشأ زغلول ص ٢٣٦
و ٣٥٢ مرشد الحيران

١٢٤٤ - ويلاحظ أن القاعدة التى قررتها مادة ٢٧٥ أهلى ليست فى الحقيقة سوى
تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى مادة ١٦٩ أهلى^(١)

ولكن هذه المادة لا تتكلم إلا على الأشياء المعينة بالتعيين فى التى يكون لها
مكان وقت البيع أما اذا كان الشئ معينا بنوعه فقط فلا مكان له قبل تعيينه فى
أى مكان اذن يحصل تسليمه؟

والجواب أن التسليم يحصل فى محل التعهد (وهو البائع هنا) عملاً بنص المادة مكان تسليم الشئ
المعين بنوعه
١٧٠ أهلى و ١٢٤٧ فرنساوى ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك

ويتفرع على ذلك أنه اذا كلف المشتري البائع بإرسال المبيع ولم يتفقا على مكان
معين للتسليم كانت مصاريف النقل على المشتري لأن التسليم يجب أن يحصل فى
محل البائع ومصاريف حمله ومشاله من ذلك المكان تكون على المشتري بعكس
ما اذا اشترط المتعاقدان على أن التسليم يكون بمحل المشتري فمصاريف النقل تكون
على البائع لأنها تعد جزءاً من مصاريف التسليم وواجب على البائع إيصاله للمكان
الواجب حصول التسليم فيه - بودرى المطول ققرة ٣٠٣

١٢٤٥ - اذا لم يوجد اتفاق خاص فمكان التسليم هو المكان الذى صدرت احكام
منه البضاعة على حساب المشتري لا المكان المقيم به المشتري ولا المكان المرسل اليه

(١) هذا نصها : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشئ المقتضى تسليمه اذا لم
يشترط المتعاقدان غير ذلك

البضاعة حتى ولو كان مشروطاً كيلها أو وزنها أو معايتها عند وصولها . فالمعاينة عند الوصول لا تتضمن مخالفة القاعدة الأصلية - مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ قرة ٤٣٩٢ مجموعة أولى

الفرع السابع - في زمان التسليم وما يترتب على التأخير فيه

شريعة اسلامية

٣٥٣ مرشد الحيران - يجب تسليم المبيع للمشتري عند نقد الثمن للبائع ولو شرط البائع في عقد البيع تأجيل المبيع للمعين وتسليمه للمشتري في وقت كذا يفسد البيع ولو شرط المشتري أخذ المبيع في وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز فلو شرط أخذ المبيع قبل نقد الثمن بلا تعيين لوقت أخذه فسد

قانونه فرنساوى

١٦١٠ فرنساوى - اذا لم يسلم البائع المبيع في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين جاز للمشتري بحسب اختياره ان يطلب فسخ البيع او وضع يده عليه متى كان التأخير لم ينشأ الا عن فعل البائع
١٦١١ - وفي جميع الاحوال يحكم على البائع بالتضمينات اذا لحق المشتري ضرر من تأخير التسليم في الوقت المتفق عليه

قوانين مصرية

مادة ٢٧٧ أهلى - يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد فاذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم في وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف

٣٤٨ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٧٨ أهلى - في حالة حصول التأخير عن التسليم بعد التكليف به من المشتري تكليفاً رسمياً يكون لذلك المشتري الحق في فسخ البيع أو في طلب وضع يده على المبيع مع التضمينات في الحالتين اذا حصل ضرر وكان التأخير ناشئاً عن فعل البائع -

٣٤٩ مختلط - مطابقة لها

في وقت التسليم ١٢٤٦ - يجب أن يكون التسليم في الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين سواء عين في عقد البيع أو في مكتوب خاص فاذا لم يحصل الاتفاق على أجل وجب التسليم بمجرد اتمام العقد لأن كل متعهد يجب عليه ان ينفى بما تعهد به للحال الا اذا أعطى

له أجل فالمشتري أن يطلب التسليم فوراً بعد اتمام البيع ما لم يكن تعين للتسليم أجل
وللبائع أن يلزم المشتري بالاستلام

الأ انه لما كان العرف التجارى قد يقضى بترك مهلة للبائع ليسلم فيها المبيع أو
المشتري لاستلامه وجب مراعاة هذا العرف اذ المعتبر أن المتعاقدين أرادا اتباعه
ما لم ينص صراحة على مخالفته - بودرى المطول فقرة ٣٠٤ ومادة ٢٧٧ أملى

١٢٤٧ - اذا تأخر البائع عن الوفاء بتعهد المخصص بالتسليم بعد انقضاء الميعاد
المحدد له وبعد تكليفه بالتسليم تكليفاً رسمياً يكون المشتري مخيراً : ١ - بين
طلب فسخ البيع لعدم وفاء البائع بتنفيذ تعهده : ٢ - وبين وضع يده على المبيع
أى طلب تنفيذ العقد : ٣ - وله فى الحالتين ان يطلب التضمينات اذا حصل ضرر
من التأخير الناشئ عن فعل البائع - مادة ٢٧٨ أملى و ١٦١٠ فرنسى

١٢٤٨ - ويجب ان يطلب الفسخ من المحكمة ما لم يوجد شرط خاص . إذ
الفسخ للتأخير فى تنفيذ العقد لا يحصل من تلقاء نفسه . ولهذا كان للبائع ان يسلم
المبيع طالما ان الحكم بالفسخ لم يصدر وبذلك يمتنع صدوره . والقاضى أن يمنح للبائع
أجلاً للتنفيذ فى حالتي طلب الفسخ أو طلب وضع اليد تنفيذاً للعقد
فالتأخير فى التسليم لا يستوجب الفسخ حتماً الا اذا شرط ذلك صراحة . فان لم
يوجد شرط خاص فالمحكمة تقدير الظروف - مواد ١١٧ أملى و ١٧٢ و ١٧٤ مختلط
و ١١٤٤ فرنساوى^(١)

١٢٤٩ - واذا حكم للمشتري بوضع يده على المبيع كان له استلامه قهراً ان
كان تحت يد المشتري . فان لم يكن تحت يده لأنه لم يحصل عليه أو لانعدامه انقلب
فى حكم وضع اليد

(١) اذا لم يكن مشروطاً فى العقد انه يفسخ بمجرد تأخير أحد المتعاقدين فى تنفيذ ما
اشتراطه على نفسه بغير حاجة الى الحكم بذلك فالمحكمة حق النظر فيما اذا كانت ظروف
الدعوى تقتضى الحكم بالفسخ أو عدمه مع اعطاء المدعى عليه ميعاداً للقيام بتنفيذ ما تعهد
به - الاستئناف ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ مجموعة رسمية نمرة ١ ص ٢٨٣

حكم وضع اليد الى تضييقات جرياً على القاعدة العامة - مواد ١١٤٢ ف ١١٩ و ١٧٨ اهلى

١٢٥٠ - وطلب وضع اليد سبق ان قرره الشارع فى مادة ١١٨ اهلى (١٧٥م) بالنسبة للأعيان المعينة بالذات . فاذا لم تكن معينة جاز عملاً بنص المادة ١١٧ الحصول على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين اذا امكن ذلك بحسب الأحوال

وقد حكم بأنه لا يجوز للمشتري فى حالة عدم تسليمه الشئ المبيع عند حلول الميعاد أن يشتري عوضاً عنه على ذمة بائعه بدون اذن أو أمر من القاضى - « استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ (بورلى مادة ١٧٤ م وجلاد مادة ١١٧ فقرة ٤)

١٢٥١ - للمشتري فى حالتى طلب الفسخ أو طلب وضع اليد أن يطلب التضييقات المترتبة على التأخير فى التسليم وانما يشترط : ١ - أن يكون ناله ضرر من التأخير : ٢ - وأن يكون التأخير ناشئاً عن فعل البائع : ٣ - وأن يكون سبق انذار البائع

فى طلب
التضييقات

١٢٥٢ - وقد حكم بأن تأخر البائع عن تسليم الشئ المبيع يعطى المشتري الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى ألم به والربح الذى حرم منه . ولكن هذا التعويض لا يبدأ حسابه الاً من تاريخ التكليف الرسمى طبقاً لنص المادة ٢٧٨ من القانون المدنى الأهلى - محكمة استئناف مصر الأهلية ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الاستقلال عدد ٣٩ س ٦

١٢٥٣ - لا يكون التأخر فى التسليم سبباً فى فسخ البيع الاً بعد تكليف المشتري للبائع بالتسليم تكليفاً رسمياً (مادة ٢٧٨ مدنى) وبعد عرض الثمن - « محكمة استئناف مصر الأهلية ١٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ الاستقلال عدد ٣٢ س ٦ »

١٢٥٤ - فاذا كان التأخير عن التسليم فى الميعاد المحدد ناشئاً عن حادثة قهرية فلا يحق للمشتري طلب التعويضات بل حتى ولا طلب الفسخ وذلك لأن القانون اشترط فى مادة ٢٧٨ ان يكون التأخير ناشئاً عن فعل البائع وانما على البائع أن

فى التأخير
لحادثة قهرية

يثبت الحادثة الجبرية التى يدعيها لأنه يريد اثبات براءته - انظر مادة ٢١٤ اهلى وبودرى المطول فقرة ٣٠٩ ومصر ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٦٧ وجلاد مادة ١١٧ نمرة ٢

وقد ير الحادثة الجبرية أمر متعلق بالوقائع فيقدره القاضى بحسب ظروف كل حادثة ولكن لا يعتبر من الحوادث الجبرية إلا المسائل التى تمنع التسليم منعاً مطلقاً لا الحوادث التى تجعل حصول التسليم صعباً أو ذا كلفة. فارتفاع الأسعار لا يسوغ التأخير فى التسليم وكذلك زيادة الرسوم على البضائع وهكذا - بودرى المطول فقرة ٣٠٩

١٢٥٥ - والاعتصاب لا يعد حادثة جبرية إلا إذا كان عاماً فى جميع المصانع التى تصنع الشيء المبيع. فإذا كان الاعتصاب قاصراً على بعض الأمكنة بحيث يمكن للبائع أن يستصغره أو يستحضره ولو بنفقة كبيرة فلا يعد من الحوادث الجبرية. وعلى العموم حكم هذه المادة عبارة عن تطبيق لقواعد التعهدات العامة (انظر مادتي ١١٧ و ١١٨ مدنى أهلى) ولهذا يجب الرجوع لإحكامها عند الاقتضاء

التأخير فى تسليم المبيع بيع سلم

١٢٥٦ - قلنا ان للمشتري الحق عند التأخير أن يطلب إما فسخ البيع أو وضع يده على المبيع ان أمكنه كما له الحق أن يطلب بالتعويضات ان لحقه ضرر فى الحالتين ففى بيع السلم التى ترد على أشياء تقلب أسعارها عادة بين هبوط وصعود يكون هذا التقلب والتغير سبباً فى التعويض اذا تأخر البائع عن التسليم وذلك لأنه ربما يرتفع السعر فيضطر المشتري عند التأخير فى التسليم أن يشتري من جهة أخرى بسعر مرتفع أو يبيع بنقص فعدم التسليم منعه عن البيع قبل هبوط السعر أو منعه عن القيام بالوفاء بتعهداته ففى جميع هذه الأحوال يجب على البائع أن يعرض على المشتري جميع ما يلحقه من الخسارة - مادة ٢٧٨ أهلى

١٢٥٧ - فإذا تأخر البائع عن تسليم البضاعة فى الميعاد المتفق عليه جاز للمشتري أن يطلب التصريح من المحكمة بشراء البضاعة المذكورة عملاً بنص المادة ١١٧ فقرة ثانية القاضية بأنه يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين والزامه بالمصاريف مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال وإذا كان الثمن قد

طلب التصريح
من المحكمة
بالشراء للتأخير
فى التسليم

ارتفع عما اشترى به أولاً ألزم البائع بالفرق بصفة تعويض

١٢٥٨ - ومع ذلك فالمشتري أيضاً بعد انذار البائع بالتسليم وتأخره أن يشتري
الشيء الواجب تسليمه من جهة أخرى بغير إذن سابق من المحكمة ويطلب حينئذ
فسخ البيع المذكور مع التعويضات ان لحقه ضرر لعدم وفاء البائع بتعهد (التسليم).
وللمحكمة في هذه الحالة أن تحكم له بفرق الثمن بصفة تعويض

جواز الشراء
بغير إذن المحكمة

والفرق بين الحالتين المشار اليهما في الفقرتين السابقتين انه في حالة الشراء بتصریح
المحكمة يأخذ المشتري فرق الثمن بأكمله بصفة تعويض ولكن في حالة شرائه بغير
إذن المحكمة فيكون لها الحرية في التقدير فتمنح الفرق كله أو بعضه بصفة تعويض
حسبما ترى - بودرى المطول فقرة ٣١٠

١٢٥٩ - اذا أراد المشتري فسخ البيع لزم تكليف البائع تكليفاً رسمياً بتسليم
المبيع المتأخر في تسليمه فان لم يفعل ذلك فللبائع الحق في تنفيذ العقد - مذكرة لجنة
المراقبة الخصوصية في ٢٠ مايو سنة ١٨٩٩ نمرة ٢٧

احكام

١٢٦٠ - لا حق لمشتري بضاعة في طلب تعويض للتأخير في التسليم أو
الامتناع عنه إلا بعد انذار البائع بانذار صحيح بالتسليم - مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩
مجموعة أولى فقرة ٤٧٠٣

١٢٦١ - والانذار يجوز حصوله الى نائب التاجر الذى قبل الطلب وابلغه للتاجر
مخطوط ١٨ ابريل سنة ١٨٩٥ ومجموعة أولى فقرة ٤٧٠٥

١٢٦٢ - والخصم الذى يعلن بفسخ البيع لعدم الوفاء وبطلب تعويض ولم
يعرض تنفيذ البيع مناقشاً في أسباب عدم الوفاء وتنتأجه يعتبر أنه قبل الفسخ
ولذلك فلا محل لأن يتمسك بعدم سبق انذاره توصلاً لرفض دعوى المدعى فان
الانذار في هذه الحالة لا قيمة له - مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٧٠٦ مجموعة أولى

١٢٦٣ - اذا لم تصل بضاعة مرسله من باطوم في الميعاد المحدد ومشحونة في
مركب شرعي إلا بعد ستة أسابيع أو شهرين تقريباً فلا يجوز فسخ البيع للتأخير في

التسليم اذا لم يكن تحدد له يوم معين (كما حدد للإرسال) وظهر أن البطء في السير لم يكن ناشئاً من فعل البائع - مخطوط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٣٩٣ مجموعة ثانية

١٢٦٤ - ان الرضاء بتسليم بضاعة في ميعاد محدد مع تهيدده باشتراط ان ذلك « عند الامكان » أو « اذا أمكن » يتضمن بحسب الاصطلاح التجارى مهلة اضافية مقبولة ولكن لايجيز مطلقاً تأخيراً يتجاوز ثلاثة أضعاف الميعاد المحدد - مخطوط ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٣٩٤ مجموعة ثانية

١٢٦٥ - اذا لم يحدد ميعاد للتسليم في البيع التجارى وجب اجراء التسليم في المدة المقررة بحسب العرف - مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ فقرة ٤٣٩٥ مجموعة ثانية وانظر مادة ٢٧٧ أهلى و ٣٤٨ مخطوط

١٢٦٦ - اذا اشترط ان البضاعة اذا لم تصل في ميعاد محدد يعتبر الطلب لاغياً يكون للمشتري الحق في رفض البضاعة بعد انقضاء الميعاد المحدد بغير أن يكون ملزماً بانذار البائع مقدماً - مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٣٩٧ مجموعة ثانية

وقد يحصل الانذار بخطاب بسيط - مخطوط أول مايو سنة ١٨٧٩ من ٤ ص ٣١٩ و ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ ص ١٣ ص ٦

١٢٦٧ - وقد يكفى عند تأخير البائع عن التسليم في أول دفعة انذار المشتري في أول مرة مع تنبيهه بأن مفعول هذا الانذار سار اذا تأخر في الدفقات المقبلة - « مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٠٤ مجموعة ثانية »

١٢٦٨ - التأخير في التسليم لا يستوجب التعويض إلا اذا كان نشأ عنه ضرر للمشتري وكان منسوباً للبائع وهذا التعويض يجب أن يشمل الفرق بين الثمن المتفق عليه وبين الثمن الذى حصل الشراء به وقت التسليم فاذا كان الثمن الذى حصل الشراء به عند التسليم أقل من الثمن المحدد في العقد فلا محل للتعويض - مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤١٥ مجموعة ثانية

١٢٦٩ - ليس على المشتري أن يقدم دليلاً على حصول ضرره سوى وجود فرق بين الثمن المتفق عليه والثمن الذى يوجد عند التسليم مرتفعاً - مخطوط ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٤١٦ مجموعة ثانية

١٢٧٠ - إذا اتفق البائع والمشتري على أن يدفع الأول للثاني عوضاً معيناً للضرر الذي ينشأ من تأخير تسليم الشيء المبيع فلا محل للحكم بغير ذلك - محكمة استئناف مصر الأهلية الصادر بتاريخ ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الاستقلال عدد ٣٥ سنة سابعة ص ٢٨٠

١٢٧١ - أن قصد القانون من وجوب التكليف بالوفاء قبل طلب فسخ العقد هو منع المتعاقدين من مفاجأة بعضهما بطلب فسخ العقد فإذا طلب المشتري من بائع تنفيذ شروط عقد البيع في الميعاد المعين بمقتضى خطاب أرسله إليه واعترف البائع باستلامه كان ذلك كافياً لتكليفه بوفاء تعهداته ولم يعد له الحق بالادعاء بعدم استيفاء الغرض القانوني لعدم حصول تكليفه على يد محضر - مصر حكم استئنافي ١٣ نوفمبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٥٧ وبلاد مادة ٢٧٨

١٢٧٢ - إذا بيع قطن وأنذر المشتري باستلامه فلا يسوغ له بحجة حصول تلف للقطن من المطر أن يطلب فسخ العقد إن لم ينقص الثمن وذلك لأن هذا الحق لا ينحصر له بمقتضى المبادئ العامة إلا في حالة عدم تكليفه رسمياً بالاستلام وفي حالة حصول تلف كان يمنع انعقاد البيع إذا حصل التلف قبل العقد - مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٥ ص ١٧ ٨٤ فقرة ٤٣٦٨ مجموعة ثانية

١٢٧٣ - والمشتري الذي له الخيار بين الفسخ وتنفيذ العقد قهراً يجب عليه أن يستعمل حقه عند حلول الأجل أو على الأقل بلا تأخر لا مسوغ له . وليس له أن يسيء حالة مدينه بتأخيره عدة شهور أملاً في الاستفادة من علو الأسعار بغير طلب تنفيذ العقد . فإذا فعل ذلك اعتبر أنه اختار الفسخ - مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٠٤ مجموعة ثانية

الفرع الثامن - في حبس المبيع

قوانين مصرية

سريعة اسلامية

مادة ٢٧٩ أهلى - للبائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحلّ

مادة ٣٥٠ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٨٠ أهلى - ليس للبائع الذى لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه اليه أن يسترد المبيع الذى سلمه باختياره للمشتري وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به

مادة ٣٥١ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٨١ أهلى - اذا قلت التأمينات المعطاة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع

مادة ٣٦٠ مرشد الحيران - للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن ان كان الثمن كله حالاً ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفة واحدة وسمى لكل منهما ثمناً فله حبسه الى استيفاء كل الثمن
مادة ٣٦١ منه - لا يسقط حق البائع في حبس المبيع باعطاء المشتري له رهناً أو كفلاً ولا بإبرائه من بعض الثمن بل له حبسه الى استيفائه بتمامه

مادة ٣٦٢ منه - اذا أحال البائع أحداً على المشتري بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئاً أو بما بقي له منه ان كان لم يقبضه كله وقبل المشتري الحوالة سقط حق البائع في حبس المبيع

مادة ٣٦٣ منه - اذا أحال المشتري البائع بالثمن كله ان كان كله في ذمته أو بما بقي في ذمته ان كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيع

مادة ٣٦٤ منه - اذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له في حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشتري ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل
مادة ٣٦٥ منه - اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع

مادة ٣٧٠ منه - اذا مات المشتري مقلماً قبل قبض المبيع ودفع الثمن للبائع أحق بحبسه الى أن يستوفي الثمن من تركه المشتري أو يبيعه القاضى ويؤدى للبائع حقه من ثمنه

التمن فيه إلا إذا عطاء للمشتري كفيلاً
مادة ٣٥٣ مختلط - مطابقة لها
فإن زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباقي
الغرماء وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه
فيكون أسوة الغرماء فيما بقي له

قانونه فرنساوى

مادة ٢٨٢ - في حالة إفلاس
المشتري يكون حق البائع في حبس المبيع
تحت يده أو في طلب استرداده جارياً
بالتطبيق على القواعد المقررة في قانون
التجارة

مادة ٣٥٤ مختلط - مطابقة لها
مادة ٣٥٢ مختلط - وليس للبائع أن
يتمتع من التسليم إذا حول على المشتري
بجميع الثمن أو بجزء منه - لا مقابل لها في
الأهلى
مادة ١٦١٢ منه - لا يلزم البائع
بالتسليم ولو كان الثمن مؤجلاً إذا أفلس البائع
بعد البيع أو صار في حالة عسار بحيث لا
يأمن البائع من ضياع الثمن عليه إلا إذا أعطاه
المشتري كفيلاً
مادة ١٦٥٤ منه - إذا لم يدفع المشتري
الثمن جاز للبائع طلب فسخ البيع

في حبس المبيع

١٢٧٤ - بينا أن البائع ملزم بتسليم المبيع ولكن لإلزامه بالوفاء بتعهدده يجب على
المشتري أن يكون أوفى هو أيضاً بتعهدده وهو دفع الثمن إذا كان حالاً غير مؤجل
فالعديل يأبى أن يسمح لأحد المتعاقدين فيجبر الآخر على تنفيذ تعهدده لأنه في
مصلحته ينأى هو لا يقوم بتنفيذ ما وجب عليه . لهذا أجاز القانون للبائع الحق في حبس
المبيع لحين استيفائه الثمن المستحق فوراً كله أو بعضه لأن حق الحبس لا يتجزأ -
» بودرى فقرة ٣٠٥ والزيطى ص ١٤ هامش وابن عابدين ص ٤٤ ج ٤

ويقول الشرعيون إن الواجب دفع الثمن أولاً لأن العقد يقتضى المساواة وحق
المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن ليتعين حق البائع فيه أيضاً . ولهذا يجب
على المشتري دفع الثمن بأكمله حتى يصح له طلب التسليم والاستلام

١٢٧٥ - وحق الحبس لا يجوز إلا في حالة ما إذا كان الثمن حالاً فإن كان
محله

مؤجلاً وجب على البائع التسليم لأن قبول التأجيل دليل ضمنى على أنه اسقط حقه فى الحبس وثوقاً بذمة المشتري . لهذا كان تأجيل دفع الثمن بناء على مهلة قضائية منحها القاضى للمشتري غير مانع للبائع من حق الحبس لأنه لا يفيد تنازله عن حقه بل وقد يكون الأجل ممنوحاً رغم ارادته ونص القانون صريح فى أن الأجل المسقط للحبس هو الأجل الممنوح من البائع نفسه - راجع العبارة الأخيرة من مادة ٢٧٩

١٢٧٦ - كذلك لا يسقط حق حبس المبيع ولو عرض المشتري على البائع رهناً عرض المشتري رهناً أو كفالة أو كفالة بالثمن لأن الرهن أو الكفالة وثيقة بالثمن فلا يسقط حق البائع فى حبس المبيع لا يسقط حق الحبس حتى يستوفى الثمن - زيلعى ص ١٤ هامش ومادة ٢٧٩ أهلى

وحكم هذه القاعدة مأخوذ عن الشريعة الإسلامية وقد ذكر الفقهاء أحوالاً أخرى مسقطه للحق

١٢٧٧ - فقالوا بأنه لو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل المشتري الحوالة فحق الحبس يسقط . أما اذا أحال المشتري البائع على رجل فقبل يسقط البائع مسقطه له عند أبي يوسف - زيلعى ص ١٤ هامش ومادة ٣٦٢ مرشد الحيران

ولهذا نصت مادة ٣٥٢ مختلط على حالة الحوالة من البائع على المشتري فقضت بسقوط حق الحبس وكلفت البائع بأن يسلم المبيع متى أحال آخر على المشتري بالثمن وأهملت حالة صدور الحوالة من المشتري للخلاف فيها كما تقدم وهو العدل لأن البائع لا يزال مطالباً بالثمن وقد أغفل القانون الأهلى هذا الحكم والظاهر أن لامانع قانوناً من الأخذ به لأنه بالحوالة يصبح المحال اليه هو المطالب بالثمن والمبيع ليس فى يده حتى يحبسه على أن بعضهم يرى أن حق الحبس من ملحقات الحوالة اذ الشيء المحول يجب أن يسلم بملحقاته الضرورية وبما أن الحيل يجب ان يضمن للمحال اليه الدين وحق الحبس الغرض منه جبر المشتري على دفع الثمن فيجب أن يجبر على أدائه ويستوى فى ذلك أن يكون الدفع ليد البائع أو ليد شخص آخر كالمحول اليه

١٢٧٨ - اذا سلم البائع المبيع باختياره للمشتري قبل أن يتحصل على الثمن المستحق

دفعه اليه سقط حقه في الحبس ضمناً فاذا تأخر المشتري عن الدفع فليس له استرداد المبيع لحبسه خلافاً للحالة التي يحصل فيها الاستلام بغير اذن - راجع فيما تقدم فقرة ١٢٣٨ ولكن يكون للبائع مع ذلك حق طلب الفسخ بسبب عدم الوفاء بدفع الثمن لأنه من المقرر أن لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ التعاقد اذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ تعهده كما لا يزال له حق الامتياز على المبيع - قارن مادة ٣٦٥ مرشد الحيران وابن عابدين ص ٤٤ وبودرى آخر فقرة ٣٠٧

١٢٧٩ - واذا طلب البائع في هذه الحالة الفسخ لعدم قيام المشتري بدفع الثمن جاز للمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل صيرورته نهائياً أو تأييده استثنائياً وهذا الحق يرجع للمشتري بمجرد قبول المحكمة طلب التماس قدم لها عن الحكم الصادر بالفسخ لأن قبول التماس يعيد للخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول - الاستئناف الاهلى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٧ ص ١٠٣ وبلاد مادة ٢٨١

١٢٨٠ - قدمنا بأنه ليس للبائع حق الحبس اذا كان أعطى المشتري أجلاً لدفع الثمن عند تأجيل الثمن جواز الحبس عند تأجيل الثمن
التمن عملاً بنص المادة ٢٧٩ ولكن يستثنى من ذلك أحوال نص القانون على ثلاث منها وهي

١ - حالة نقص التأمينات التي كان عرضها المشتري لدفع الثمن

٢ - وحالة اعساره اعساراً يترتب عليه ضياع الثمن

٣ - وحالة الافلاس

ففي الحالتين الأوليين يجوز للبائع حبس المبيع ولو لم يحلّ الأجل المتفق عليه لدفع

التمن - انظر مادة ٢٨١ أهلى

وفي الحالة الثالثة يحق له الحبس أو طلب الاسترداد بحسب أحكام قانون التجارة

« انظر مادة ٢٨٢ أهلى »

وسبب ذلك أن حق المشتري في طلب الاستلام قبل دفع الثمن هو من مزايا

الأجل الذى منحه البائع له لدفع الثمن وعلى ذلك تزول هذه المزية كما يزول غيرها

من سائر مزايا الاجل بافلاس المشتري أو اعساره أو اضعاف التأمينات إلا أنه لو زال

هذا الخطر بتقديم كفيل أو رهن للبائع زال السبب الموجب لحق الحبس ووجب على
البائع التسليم — انظر مادة ٢٨١ أهلى

ويلاحظ أن ضعف التأمينات قاصر على التأمين المقدم لضمان الثمن فلو ضعفت
تأمينات أخرى فلا تأثير لها على الأجل والقانون صريح في ذلك — راجع العبارة الأولى من
مادة ٢٨١

كذلك يقتضى أن يحصل الاعسار عقب البيع. فإذا كان المشتري معسراً أو مفلساً قبل
حصوله ومع ذلك أعطاه البائع أجلاً للدفع فاعساره أو إفلاسه السابق على البيع لا يؤثر
على الأجل الممنوح ولا يحرم المشتري من طلب التسليم دون دفع الثمن لأن البائع يعتبر
في هذه الحالة أنه ركن إلى ذمة المشتري اللهم إلا إذا تبين أن المشتري غشه وأخفى
عليه — تدليساً منه — حالة إفلاسه ثم تبين أنه صدر حكم بإفلاسه ولم يعلم به البائع
فإن ذلك يكون غشاً مجيزاً للبائع الامتناع عن التسليم — راجع بودرى المطول فقرة ٣٠٧
١٢٨١ — ولكن مجرد الخوف من عدم الدفع أو من اعسار المشتري لا يكفي
في حبس المبيع والامتناع من تسليمه

جوازه في
أحوال مشابهة

١٢٨٢ — وقد ذكر الشراح أحوالاً أخرى على سبيل القياس والتشبيه منها حالة
عدم تقديم التأمينات التي وعد المشتري بتقديمها أو كان البائع يعتمد عليها. فإذا كان
المشتري حصل على أجل لدفع الثمن مقابل تقديمه للبائع رهناً عقارياً تأميناً لسداد
الثمن ثم تبين أنه لا يملك العين المرهونة. أو ادعى أنه تاجر وهو ليس كذلك. أو
أبطل التجارة بعد البيع. جاز للبائع في جميع هذه الأحوال أن يمتنع عن تسليم المبيع
لأن التأمينات التي كان يعتمد عليها ومن أجلها منح المشتري أجلاً لاداء الثمن غير
موجودة لدى المشتري المذكور — بودرى المطول فقرة ٣٠٧

١٢٨٣ — ليس للمحكمة بسبب عدم قيام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع أن
ترفض طلبه تثبيت ملكيته له متى كان البائع لا يطالب بفسخ العقد لأنه ليس للبائع
والحالة هذه إلا حق حبس الشيء المبيع — طنطا حكم استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣
المجموعة الرسمية ٥ ص ١٦٩

١٢٨٤ - قررت المادة ٢٨٢ اهلى الرجوع الى أحكام القانون التجارى فى حبس
أحوال منصوص عليها فى القانون العين المبيعة أو استردادها ان كانت سلمت للمشتري فأفلس قبل دفع الثمن
التجارى والأحكام المقررة فى القانون التجارى هى :^(١)

إذا لم يكن البائع سلم البضاعة الى المفلس ولم يكن أرسلها اليه ولا لشخص آخر
على ذمة المفلس جازله الامتناع عن تسليمها - مادة ٣٨٧ تجارى
فإن كان المبيع خرج من يد البائع فلا يجوز استرداده إلا بالشروط الآتية :
أولاً - أن لا تكون البضاعة قد سلمت الى مخازن المفلس أو مخازن الوكيل
بالعمولة المأمور من قبله ببيعها على ذمته

ثانياً - أن لا يكون المفلس دفع ثمنها كله أو جزءاً منه ولا حررت به منه ورقة
تجارية أو دخل الثمن من الحساب الجارى بين المفلس والبائع - مادة ٣٨٣ تجارى
ثالثاً - أن لا يكون المفلس باع البضاعة قبل وصولها الى مخزنه أو مخزن الوكيل
بالعمولة بناءً على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة ارسالها أو تذكرة النقل متى كانت
القائمة والتذكرة موقعتين من المرسل وكان هذا البيع بدون تدليس من المفلس -
« مادة ٣٨٤ تجارى »

فإن كان المبيع أرسل الى شخص عيّنه المفلس وقت الشراء لوحظ حكم المادة
السابقة فى إجازة الاسترداد - مادة ٣٨٥ تجارى

إذا اجتمعت تلك الشروط كلها جاز للبائع أن يسترد ما باع الى من أفلس بعد
البيع بشرط أن يرد النقود التى يكون أخذها على الحساب ويكون الرد الى روكية
التفليسة - مادة ٣٨٦ تجارى

ويجوز لوكلاء الدائنين مع إذن مأمور التفليسة أن يطلبوا تسليمهم المبيع بشرط
أن يدفعوا للبائع ثمنه الذى كان متفقاً عليه بينه وبين المفلس - مادة ٣٨٨ تجارى
وكذلك يجوز لهم اجابة طلب الاسترداد بشرط تصديق مأمور التفليسة على ذلك
فإن تنازعوا فصلت المحكمة الابتدائية بينهم - مادة ٣٨٩ تجارى

الفرع التاسع — فيما يجب تسليمه بمقتضى البيع

شريعة اسلامية

مادة ٢٠٤ مجلة — المبيع يتعين بتعيينه في العقد مثلاً لوقال البائع بعتك هذه السلعة وأشار الى سلعة موجودة في المجلس وقبلها المشتري لزم البائع تسليم تلك السلعة بعينها وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها — انظر أيضاً مادة ٢٧٤ مرشد الحيران
مادة ٣٨٦ مرشد الحيران — الزوائد التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والتاج تكون حقاً للمشتري

قوانين مصرية

لا مقابل لهذه المواد في القانون

المصري

قانونه فرنساوي

مادة ١٦١٤ منه — يجب أن يسلم المبيع بالحالة التي يكون موجوداً عليها وقت البيع ومن ذلك الوقت تكون ثمرة المبيع للمشتري

المبحث الأول — في الحالة التي يجب أن يسلم بها المبيع

١٢٨٥ — أغفل الشارع حكم المادة ١٦١٤ فرنساوي ولكن الاحكام العامة كفيية بها فقد اشترط القانون وجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً وأوجب على المشتري العلم به ذاتاً وصفات ورسم للوفاء بالتعهدات الطرق التي ينبغي الرجوع اليها عند الاقتضاء — انظر المواد ٢٤٩ وما بعدها و ٢٦١ وشرح ذلك قرة ٤٥٧ و ١٠٦٤ وما بعدها ومادة ١٧١ و ١٦٨ وما بعدها

١٢٨٦ — فمضى علم المبيع وتعين بالكيفية السابق تقريرها وجب على البائع أن يسلمه :

١ — بالحالة التي كان عليها وقت البيع

٢ — وأن يسلمه مع الزوائد التي تحصل بعد البيع وقبل القبض

٣ — وأن يستنزل مقادير الظروف والأوعية بحسب عرف التجارة

٤ — وأن يسلمه مع ملحقاته الضرورية

١٢٨٧ - يجب على البائع :

أن يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع وذلك لأن المبيع يتعين بتعيينه في العقد فيلزم البائع أن يسلمه بعينه حتى يعتبر الوفاء تاماً إذ الوفاء لا يتم إلا بتسليم الشيء المتفق عليه نفسه ولا يصح باعطاء غيره وإن كان مثله حتى لو كان في ذلك منفعة أكثر للمتعهد له إلا إذا قيل - فتحي باشا ص ١٨٣ و ٢٧٤ مرشد الحيران و ١٦١٤ ف وأن لا يحدث فيه تغييراً بفعله أو يتركه يحدث بتقصيره لأنه واجب عليه صيانة المبيع وحفظه بحالته إلى حين تسليمه فالمشتري إنما اشترى بمراعاة تلك الحالة والثمن إنما قدر بحسبها

فاذا أحدث البائع تغييراً في المبيع كان للمشتري أن يلزمه بإعادة الشيء لحالته الأصلية وإذا تعذر ذلك جاز له أن يرفض الاستلام ويطلب الفسخ مع التعويضات - « بودري المطول فقرة ٣١١ وهالتون ج ٢ ص ٣١ »

أما إذا حدث التغيير في المبيع بغير فعل البائع بأن هلك كله أو بعضه أو تلف فيرجع فيما يترتب على ذلك إلى مبحث هلاك المبيع وقد تقدم شرحه - انظر فقرة ١١٨٦ وما بعدها

١٢٨٨ - وإذا كان لا يجوز للبائع أن يحدث تغييراً في المبيع فن باب أولى لا يجوز له أن يستبدله بغيره فيجب عليه أن يسلم نفس المبيع وأن لا يسلم شيئاً آخر غيره حتى ولو كان زائداً عنه في القيمة لأنه يجب أن يكون الوفاء بحسب الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين - انظر مادة ١٢٤٣ فرنساوى و ١٦٨ أهلى و ٢٣١ مختلط و ٢٠٤ مجلة و ٢٧٤ مرشد الحيران

١٢٨٩ - ويلاحظ أن نص المادة ١٦١٤ فرنساوى يقصد به الأشياء المعينة بالذات فهي التي يمكن تسليمها بحالتها وقت البيع فإن كان المبيع معيناً بالنوع فما هي الحالة التي يجب أن يسلم بها ؟

والجواب أنه عند غدم شرط خاص يجب على البائع ان يسلم الأشياء المبعة بحالة جيدة

وجوب تسليم
نفس المبيع

في تسليم المبيع
المعين بنوعه

وفي القانون الفرنسي نص صريح يقضى بأن يكون الشيء وسطاً وقابلاً للتجارة به فلا يسلم الشيء من أجود نوع ولا من أردأه - مادة ١٢٤٦ ف

أما إذا اشترط في العقد شروط خاصة بصفته وصفته فيجب أن تسلم الأشياء المبيعة بحسب الوجه المتفق عليه كقطن عفيف أو نوباري من الجنية الأولى وهكذا - مادة ١٦٨ أهلى (٢٣١ مختلط)

١٢٩٠ - غير أن العادة التجارية جرت بأن النقص الطفيف في صنف الشيء النقص الطفيف في صنفه المبيع لا يجوز للمشتري أن يرفض استلامه وإنما يجوز له إقصاص ثمنه نقصاً يعوّضه الفرق في صنف البضاعة

أما إذا كان الفرق جسيماً أو كان واقعاً في الصفات الجوهرية للمبيع فالمشتري أن يرفض الاستلام ويطلب الفسخ مع التعويضات المستحقة إذا لم يتيسر للبائع أن يسلمه بضاعة أخرى بحسب الصفات المتفق عليها

وتقدير ما إذا كان الفرق طفيفاً فيستوجب تنقيص الثمن فقط أمر موكل للمحاكم تقديره بحسب الظروف والعوائد التجارية

وإذا حصل البيع بناءً على عينة أو نموذج كان للمشتري أن يجبر البائع على تسليم البضاعة من نفس العينة ويرفض ما غيرها تسليم المبيع بالعينة

١٢٩١ - وقد حكم بأنه إذا أهمل البائع في جنى القطن المبيع بدرجة أثرت على كمية القطن ومقداره ولكن صنفه بقى موافقاً للشروط المتفق عليها فلا محل للفسخ ولكن هناك محل لتنقيص الثمن - طنطا ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ س ١٠ ص ٣٢٠ وقررة ٤٧٠١ مجموعة أولى

١٢٩٢ - في أي وقت يصح رفض المبيع إذا رأى أنه غير حائز للصفات المطلوبة متى يرفض المبيع أو غير موافق للعينة المتفق عليها ؟

مما لا ريب فيه أن المشتري يجب عليه أن يرفض المبيع في أقرب وقت ممكن حتى لا يعتبر سكوته رضاً بما في المبيع من عيب أو نقص في الصفات ولكن يجب

ان يهل الوقت الكافى للتحقق من صفات المبيع ولهذا يجوز له ان يرفض المبيع طالما أنه لم يقبله صراحة او دلالة

ومعنى هذا أن مجرد استلام المشتري للمبيع لا يسقط دعواه بعدم موافقة ما سلم اليه لما اتفق على شرائه . ولا محل طبعاً للتمسك بنص المادة ٩٩ من قانون التجارة والقول بأنه يجب على المشتري رفض الأشياء المبيعة وقت استلامها لأن النص المذكور يقصد به تقرير العلاقة بين المشتري وبين أمين النقل . أما تنفيذ البيع فيجب الرجوع فيه للقواعد العامة وهى تميز للمشتري أن يتقاضى بشأن عدم موافقة الأشياء المسئلة لما اتفق عليه طالما أن اثبات دعواه ممكن وأنه لم يستعمل الأشياء التى استلمها استعمالاً يدل على رضائه بها — بودرى المطول فقرة ٣١٢/٢ والمختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٤ بورلى مادة ١٠٤ تجارى

١٢٩٣ — فاذا استلمها وتصرف فيها سقط حقه فى الشكوى من عدم مطابقة البضاعة لشروط البيع وذلك لعدم تيسر الاثبات حينئذٍ — محكمة استئناف مصر الأهلية ٢٣ مارس سنة ٩٠٩ الاستقلال ٣٣ و ٣٤ س ٧

١٢٩٤ — فاذا سحب البضاعة من الجمرى باسكندرية وأرسلها للعاصمة دل ذلك على قصد المرسل اليه أخذ البضاعة وسقطت دعواه قبل المرسل اذا كان منشأ الدعوى العيب الحادث من عدم اتقان ربط البضاعة وحزمها وكان ذلك العيب ظاهراً من الخارج — مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٨٦ وبورلى مادة ١٠٤ تجارى

١٢٩٥ — ان قبول المشتري المستندات المقدمة له لسحب البضاعة بغير أن يحفظ حقه حفظاً صريحاً لا يستلزم حرمانه من حق المعارضة فى البضاعة بسبب وجود فرق فى صنفها — مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ٢٣١ فقرة ٤٤٠٧ مجموعة ثانية

١٢٩٦ — ان حكم المادة ٣٧٠ مختلط (٢٩٦ أهلى) لا يسرى على حالة تسليم أشياء غير مطابقة للطلب الذى طلب — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٣٠٣ فقرة ٤٤٠٨ مجموعة ثانية

١٢٩٧ — واذا نشأ نزاع بين البائع والمشتري لوجود عيب فى المبيع أو لعدم

موافقته للعينة ودعت الحال لتعيين خبير لمعاينته وإثبات حالته وجب اجراء ذلك طبقاً للأوضاع المنصوص عليها في قانون المرافعات لا بحسب حكم المادة ١٠٥ مختلط (١٠١ أهلى) فان هذه المادة خاصة بالنزاع القائم بين أمين النقل والمرسل اليه - « مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٧ وبورلى مادة ١٠٥ م »

١٢٩٨ - النص الذى يذكر في قائمة شروط البيع بالمزاد متضمناً أن الراسى عليه المزاد يجب عليه أن يستلم الشيء بحالته الموجود عليها ولا حق له في المطالبة بأى تعويض عن أى شيء يكون ناقصاً يكفي لرفض دعوى الراسى عليه المزاد الخاصة بطلب ثمن الأشياء الناقصة أو التالفة فان الواجب على من يرسى عليه المزاد أن يطلع على الأشياء المعروض يبيعها ويعلم بها - ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٣٩ مجموعة ثانية والنص في قائمة الشروط الذى يتضمن أن الدائن طالب البيع لا يضمن مساحة الأطنان وأن البيع ساقط الخيار بالنسبة للرأسى عليه المزاد يكون مخلياً للبائع من إزمائه بتحمل نقص في الثمن عند ظهور عجز في المساحة - مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٤٤٠ مجموعة ثانية

١٢٩٩ - اذا اتفق المتعاقدان على أن تكون البضاعة من فاوريقة أو مصنع معين وعليها علامته وجب أن يكون التسليم وارداً على أشياء مصنوعة في نفس الفاوريقة وإلا كان للمشتري رفضها لأنه يجب أن يكون الوفاء بحسب قصد المتعاقدين والوجه المتفق عليه بينهما - مادة ٢٨٥ و ١٦٨ أهلى و ٣٥٧ و ٢٣١ مختلط

١٣٠٠ - وإثبات مطابقة أو عدم مطابقة الشيء المسلم يكون بحسب القواعد العامة للإثبات

فعلى المشتري إثبات ان البائع تعهد بأن يسلمه بضاعة من صنف معين وإلا في إثبات مطابقة كان مجبوراً على استلامها من الصنف الوسط بحسب القاعدة العامة كما قدمنا
وعلى البائع ان يثبت ان ما يسلمه موافق للشروط المتفق عليها لأن عليه إثبات براءته مما تعهد به - مادة ٢١٤ أهلى ٢٧٨ و ٢٧٩ مختلط
الشيء المسلم

المبحث الثاني — في ثمرة المبيع وزوائده

١٣٠١ — من المعلوم ان ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل من وقت التعاقد . اما ملكية المبيع المعين نوعه فلا تنتقل الا بالتسليم — (٢٦٧ و ٢٦٨ أهلى)
ويترتب على كون المشتري يعتبر مالكا للمبيع من وقت البيع في الأشياء المعينة بالذات أن تكون ثمرة المبيع له فجميع ثمرات الملك سواء كانت طبيعية أو عارضية وكافة ما هو تابع للملك يكون للمالك — مادة ١١ أهلى و ٢٧ و ٢٨ مختلط

وقد صرحت بذلك مادة ١٦١٤ فرنساوى فقررت بأن ثمرة المبيع من وقت البيع تكون للمشتري . كما نصت عليه مادة ٣٨٦ مرشد الحيران فقالت بأن الزوائد التي تحصل في المبيع بعد البيع وقبل القبض كالثمار والتاج تكون حقا للمشتري ولو استلزمت بعض هذه الثمار مصاريف من البائع فلا حق له في مطالبة المشتري بها لأن المفترض ان قيمتها دخلت في الثمن — بودرى المطول فقرة ٣١٣

والمشتري الحق في ثمرة المبيع ولو كان تسليمه مؤجلا ما لم يكن متفقاً على خلاف ذلك صراحة أو دلالة . فاذا اتفق المتعاقدان على ان المبيع لا يسلم الا بعد حصد الزرع أو جنى القطن دل ذلك على ان الزرع أو القطن للبائع

١٣٠٢ — وقد حكم بأن أجرة الأراضى لا تستحق كالفوائد وأجرة المنازل يوماً بيوم ولكن بنسبة الارتفاع فاذا باع المؤجر الأرض المؤجرة للمستأجر في شهر ديسمبر فلا حق له في الايجار الا لغاية شهر اكتوبر لأنه في شهرى نوفمبر وديسمبر لا توجد زراعة بالأرض وبالعكس تستدعى الأرض مصاريف ينفقها المستأجر لتهيئة الأرض — « مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ و فقرة ٤٤٣٠ مجموعة ثانية »

تليه — يلاحظ ان المراد هنا الزوائد الثمرة المتولدة من المبيع بعد تاريخ البيع كالحمل في بطن أمه أما الزرع والثر وغيره مما يكون موجوداً وقت البيع فستفصل احكامه في موضعها — انظر فقرة ١٣١٢ — ١٣١٤

المبحث الثالث — في استئزال مقدار الظروف والأوعية

١٣٠٣ — قرر القانون انه فيما يتعلق باستئزال مقادير ظروف البضاعة المسلمة وأوعيتها

يتبع عرف التجارة — مادة ٣٢٦ أهلى و ٤٠٤ مختلط

وهذا الحكم موافق لمذهب المالكية الذين يقولون لو جرى العرف بإسقاط قدر معلوم ومعروف لوزن الظرف أو الوعاء فالبيع صحيح لأنه غرر يسير معتبر للحاجة اليه وما جرى به العرف إلا بعد تجربته مراراً ووجوده كذلك غالباً وإن ندر فيه تفاوت فبشيء يسير تتسامح فيه النفوس ولا يلتفت اليه

وبهذه المناسبة قالوا لو جرت العادة على إسقاط قدر من الوزن أيضاً في نظير ما يوجد في البيع دينياً أو غلثاً فالبيع جائز أيضاً إذا شهدت العادة انه لا يختل إلا يسير في وزنه لأنه من الغرر اليسير المضاف الى البيوع — فتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ١٠٦ و ١٠٩

أما في مذهب الحنفية فيعتبر البيع فاسداً في صورة ما اذا باع الشيء على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف قدراً معلوماً (خمسون رطلاً مثلاً)

ويعتبر صحيحاً ان شرط ان يطرح عنه « بوزن الظرف » كما لو عرف قدر وزنه وذلك لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه اذ من مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طُرح خمسون مثلاً فيحتمل ان يكون اكثر من الظرف أو أقل أى يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين إلا اذا عرف ان وزنه خمسون رطلاً فينبذ يجوز لأنه يقتضيه العقد — زيلعي ص ٥٦ ج ٤ — وابن عابدين ج ٤ ص ١٢٢

الفرع العاشر — في ملحقات البيع

قوانين اهلية

شريعة اسلامية

مادة ٣٧٥ مرشد الحيران — كل ما جرى عرف البلدة على أنه من متاولات المبيع أو كان متصلاً بالأرض اتصال قرار سواء كان اتصاله خلقياً أو صناعياً يدخل في البيع تبعاً بلا ذكر مادة ٣٧٦ — — يدخل في الدار بمحدودها كل ما كان مبنياً أو مثبتاً فيها أو متصلاً ببنائها اتصالاً لا ينفصل عنه ويدخل فيه بستانها الداخل فيها لا الخارج عنها ولو كان بابها فيها الا اذا كان أصغر منها فيدخل تبعاً

مادة ٢٨٥ أهلى — يجب أن يكون التسليم شاملاً للمبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين

٣٥٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٦ أهلى — في حالة عدم

وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد
المقررة في الأحوال الآتية يانها ان لم يقض
عرف الجهة بغير ذلك

٣٥٨ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٨٧ اهلى - بيع البستان
يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ولا
يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات
الموضوعة في الأوعية او في بقعة مخصوصة
منه المعدة للنقل

٣٦٠ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٨٨ اهلى - بيع الأرض
لا يشمل ما فيها من المزروعات

٣٦١ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٨٩ اهلى - بيع المنزل يشمل
الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ولا يشمل
ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها
بدون تلف

٣٦٢ مختلط - مطابقة لها مع اضافة

هذه العبارة في آخر المادة « ومع ذلك
فيتبع في هذه المادة عرف البلد »

مادة ٣٤٩ مختلط - بيع البقرة ذات
الابن يشمل ولدها الرضيع

وما لا يكون من بنائها ولا من توابه
المتصلة به فلا يدخل في البيع الا اذا جرت عادة
البلدة وعرف أهلها على أن البائع لا يضمن به
ولا يمنعه عن المشتري

مادة ٣٧٧ - ويدخل في بيع الأرض
تبعا بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء
والتأييد سواء كانت صغيرة أو كبيرة مشرة أو
غير مشرة الا الاشجار اليابسة التي لا ينتفع
بها الا حطباً أو الأشجار المغروسة المعدة لقطعها
من وجه الارض ونقلها في كل مدة معلومة فهذه
لا تدخل في البيع الا بالتسمية وكل ما ليس
لقطعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الشجر

مادة ٣٧٨ - كل ما كان من حقوق المبيع
ومرافقه أى توابه التي لا بد له منها الا لاجله
يدخل في البيع اذا ذكرت الحقوق والمرافق
في العقد

فاذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل في
البيع الطريق الخاص بها وحق الشرب وحق
المسيل وان لم ينص في العقد على بيعها بحقوقها
ومرافقها فلا تدخل الطريق الخاص بها ولا
الشرب ولا المسيل

مادة ٣٧٩ - كل ما ليس من حقوق
المبيع ومرافقه فلا يدخل في البيع وان ذكرت
الحقوق والمرافق. فلا يدخل في بيع الأرض تبعا
الزراع الذي نبت وله قيمة وانما يدخل الزرع
الذي لم ينبت وما نبت ولا قيمة له

مادة ٣٨٠ - لا يدخل الثمر في بيع
الشجر الا اذا اشترطه المبتاع سواء بيع الشجر
مع الأرض أو وحده وكل ما لقلعه مدة ونهاية
معلومة فهو بمنزلة الثمر

مادة ٣٨١ - ما كان في حكم جزء من
المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع الا به فانه يدخل
في البيع بلا ذكر

فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل
فلوها الرضيع في البيع تبعا

مادة ٣٨٢ منه — شراء الشجرة لأجل القرار
يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة وإن قلعها
المشتري فله أن يفرس في مكانها شجرة غيرها
وإن اشتراها لأجل قلعها فلا تدخل في بيعها
الأرض الحاملة لها ويؤمر المشتري بقلعها وليس
له أن يحفر الأرض إلى ما تنتهي إليه عروقها
فإن قلعها من وجه الأرض ثم نبتت من أصلها
أو من عروقها شجرة فهي حق البائع وإن قطعها
من أعلاها ثما نبت منها فهو للمشتري

مادة ٣٨٣ منه — وإن اشترى شجرة للقلع
وكان في قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها
من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع
ولو تهدم في قلعها حائط ضمن القالع ما نشأ
من قلعها

مادة ٣٨٤ منه — كل ما يدخل في البيع تبعاً
إذا هلك قبل التسليم لا يقابله شيء من الثمن
فاذا اشترى داراً فتهدم بناؤها قبل التسليم خير
المشتري أن شاء أخذها بكل الثمن وإن شاء ترك
مادة ٣٨٥ منه — إذا لم يدخل الطريق في
المبيع وليس له مسلك إلى الشارع فلمشتري أن
يرده للبائع إن لم يعلم بذلك وقت البيع

مادة ٤١٥ مرشد الخيران — ما يدخل
في البيع تبعاً إذا استحق بعد القبض كان له حصة
من الثمن فيرجع المشتري على البائع بحصته من الثمن
وإذا استحق قبل القبض فإن كان لا يجوز
بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا
يرجع بشيء بل بخير بين أخذ المبيع بكل الثمن
أو تركه وإن كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء
تكون له حصة من الثمن فيرجع بها على البائع

قانونه فرنساوى

مادة ١٦١٤ — التزام البائع بتسليم المبيع
يشمل جميع ملحقاته وكل ما هو معد لاستعماله
على سبيل الدوام

حكم الملحقات
في الشريعة
الاسلامية

١٣٠٤ - مزج القانون أحكام الشريعة الفرنسية بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الموضع كجاري عاداته ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية واضحة في النصوص التي أوردناها آنفاً فلا محل لتكرارها هنا وإنما نقول بأن الفقهاء قرروا بأن هذا الفصل مبني على قاعدتين : ١ - اتصال القرار . ٢ - والعرف

اذ الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء اذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعاً كالبناء والأفلا اذا جرى العرف بالدخول فيه . وقالوا ان مما يدخل بالعرف خطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار بخلاف سرج الدابة ولجامها حيث لا يدخل إلا بالشرط لعدم العرف إلا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وجحش الأتان والعجل والحمل ان ذهب به البائع مع الأم الى موضع البيع دخل فيه للعرف والأفلا

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط لأنهما متصلان بهما للفصل فصارا كالمشاع الموضوع فيهما إلا أن يشترطهما المتباع

فلو باع شخص شجراً عليه ثمر أو كرمًا عليه عنب لا يدخل الثمر ولا العنب في البيع . ويقال للبائع اقطع الزرع والثمر وسلم المبيع وذلك لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفرغه وتسليمه كما اذا كان في المبيع متاع موضوع فانه يجبر على تسليمه فارغاً . ويجبر البائع في هذه الحالة على التسليم حتى ولو لم يظهر صلاح الزرع والثمر . وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصاركما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض زرع

كيفية تسليم
مبيع عليه ثمر

ويكلف البائع بذلك عند وجوب التسليم فلو لم يُنقد الثمن لا يؤمر بقطعه لعدم

وجوب التسليم - ابن عابدين جزء ٤ ص ٣٩ وما بعدها

١٣٠٥ - ويدخل الشجر في بيع الأرض بلا ذكر مشرة كانت الشجرة أولاً متى

كانت موضوعة فيها للقرار . والشجر اليابس لا يدخل في بيع الأرض لأنه على شرف القلع فهو كخطب موضوع فيها - ابن عابدين جزء ٤ ص ٣٧

١٣٠٦ - ولا فرق بين ما اذا كان للزراع أو انثر قيمة أو لم يكن لهما قيمة فيكونان في الحالين للبائع لأن بيعهما منفرداً جائز في الحالين فكذا لا يدخلان في بيع الأرض والشجر تبعاً

١٣٠٧ - والحاصل أنه قد يدخل بعض المتقول المنفصل اذا كان تبعاً للمبيع بحيث لا ينتفع به إلا به فيصير حينئذ كجزء كولد البقرة الرضيع بخلاف الأتان لأن البقرة لا ينتفع بها إلا بالعجل

وكل ما دخل تبعاً في البيع لا يقابله شيء من الثمن لكونه كالوصف - ابن عابدين

جزء ٤ ص ٣٧

١٣٠٨ - أما الحقوق والمرافق فتدخل بذكرها . والمرافق هي الحقوق . والحقوق ما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض -

ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥

فلا يدخل في بيع الدار الطريق والشرب والمسيل إلا بذكر كل حق لها ونحوه وذلك لأنها خارجة عن الحدود ولكنها من الحقوق فتدخل بذكرها

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنها ليسا منها . ولو قال بعثتها بكل قليل وكثير هو لها . أو فيها . أو منها . أو من حقوقها . أو من مراقفها . لا يدخلان كذلك وإن لم يقل من حقوقها . أو من مراقفها دخلا فيه لأنها من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لا يدخل إلا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال - زيلعي جزء ٤ ص ٩ وما بعدها

١٣٠٩ - كذلك فرعوا على ما كان متصلاً اتصال قرار ان الحجارة المخلوقة

والمثبتة في الأرض تدخل في البيع أما الحجارة المدفونة فلا تدخل ويدل عليه قولهم لو اشترى أرضاً بحقوقها وانهدم حائط منها فاذا فيه رصاص أو ساج أو خشب ان من

جملة البناء كالذى يكون تحت الحائط يدخل وان شيئاً مودعاً فيه فهو للبائع وان قال
البائع ليس لى حكمه حكم اللقطة . وقولهم شيئاً مودعاً يدخل فيه الأحجار المدفونة
١٣١٠ - أوجب القانون على البائع أن يسلم المبيع وجميع ما يعد من ملحقاته
لأن من اشترى شيئاً فإنما يشتره عادة بملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع
وقصد المتعاقدين

حكم الملحقات
فى القانون

وملحقات المبيع هى الأشياء المتصلة به بحيث لو انفصلت عنه انعدمت منفعة أو
تقصت بحيث لم يعد يصلح للغرض الذى قصده المشتري منه

١٣١١ - ويرجع فى اعتبار الشيء من الملحقات الضرورية لأمر : ١ - جنس
المبيع ٢ - قصد المتعاقدين ٣ - عرف الجهة ٤ - نص القانون

ماهى الملحقات

وكل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ما تقدم . فله متعاقدين أن يخالفا
ما جرى عليه العرف وما نص عليه القانون . فان سكتا نظر لجنس المبيع حتى اذا استلزم
أن يكون أحد الأشياء تبعاً للمبيع كان كذلك وإلا فيرجع للعرف فاذا قضى باعتبار
شيء أنه ملحق للمبيع اعتبر كذلك فان لم يكن عرف خاص رجع لنص القانون فى
الأحوال التى قرر لها قواعد خاصة لاتباعها - انظر مواد ٢٨٥ أهلى وما بعدها

١٣١٢ - أما الأحوال التى نص القانون على مراعاتها عند عدم الشرط أو
العرف فهى : -

الرجوع لنص
القانون

أولاً - بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ولا يشمل الأثمار النضجة
ولا الشجيرات الموضوعة فى الأوعية أو فى بقعة مخصوصة منه المعدة للنقل . وعلى
ذلك تكون هذه الأشياء للبائع ولا يجوز للمشتري طلب استلامها إلا بشرط خاص
« قارن ذلك بحكم الشريعة فقرة ١٣٠٥ المقدمة »

١٣١٣ - ثانياً - بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ولا يشمل

ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف - مادة ٢٨٩ أهلى و ٣٦٢ مختلط
وعلى ذلك فالأشياء الثابتة فى المنزل ويمكن فصلها ونقلها بغير تلف لا تدخل فى
البيع ولا يجب تسليمها . يعين على هذا الاستنتاج ما قرّره مادة ١٦١٥ فرنساوى

من أن التعهد بالتسليم يشمل ملحقاته وكل ما هو معد لاستعماله على سبيل الدوام وكل ما كان ثابتاً بصفة دائمة بحيث يتلف اذا نزع يعد تابعاً للمنزل ولا يكون للبائع حق فيه إلا اذا اشترطه لنفسه كالمرأى واللوحات الثابتة وغشاء الخيطان المثبت بها . أما اذا كانت الأشياء السابقة معلقة فهي للبائع وكذلك أدوات النور والكهرباء لأنه يمكن قلعها بلا تلف — دوهلس فقرة ١٦٢ بيع ج ٤

أما حوش المنزل وبستانه والمباني الثانوية التي يكون الدخول اليها بواسطته والحائط الفاصل فكلها تعد من ملحقات المنزل — بودرى المطول فقرة ٣١٧

تليه — راجع أيضاً ما ذكرناه عن الشريعة الاسلامية فقرة ١٣٠٩
١٣١٤ — ثالثاً — بيع الأرض الزراعية لا يشمل ما فيها من المزروعات — مادة ٢٨٨ وهذا النص مستمد كسابقه من الشريعة الإسلامية ومخالف في الظاهر لحكم القانون الفرنسي الذي يقضى بأن ثمرة المبيع تكون للمشتري من وقت البيع وقلنا في الظاهر لأن المقصود هنا الزرع الذي يكون قائماً وقت البيع أما الأثمار الناشئة من المبيع بعد البيع فهي للمشتري كما سبق فينا ذلك — انظر فقرة ١٣٠١ وما بعدها

والقانون لم يبين ما اذا كان غرضه الزرع الناضج فقط أو غير الناضج أيضاً كما بين في حالة بيع البساتين بالنسبة للأثمار النضجة . والمسألة خلافية في الشريعة الاسلامية فبعضهم يقول اذا نبت الزرع ولا قيمة له دخل في بيع الأرض وبعضهم قال لا يدخل حتى ولو لم ينبت أو عفن فإنه يكون للبائع ما لم يشترطه المبتاع

ويميل بعضهم للقول ان المقصود بعدم الدخول في البيع هو الزرع الناضج المستحصد لأن الزرع الذي لم ينضج يستدعى أن يتعهده البائع الى وقت حصاده وذلك يستدعى دخوله في أرض المشتري الذي أصبح مالكا للعين وله وحده حق

الانتفاع والتمتع بها — دوهلس فقرة ١٩٤

١٣١٥ — وبيع الأرض يشمل الآلات الثابتة أو الدائمة المعدة لربها كالسواقي

والطواحين والمصارف والمساق وغيرها — دوهلس فقرة ١٩٥

احكام

١٣١٦ - وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن العادة جرت بذكر السواقى فى البيع فاذا لم تذكر فى عقد فلا تعتبر من ملحقات المبيع ما لم يتبين أن قصد المتعاقدين كان بخلاف ذلك - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٢٣ مجموعة ثانية

١٣١٧ - لا تدخل فى بيع الأراضى المخازن المعدة لحفظ الحصاد حتى المبنى منها فى الأرض المبيعة ولا الآلة البخارية المستعملة لرى هذه الأراضى مع رى غيرها اذا لم يذكر شئ صريح من ذلك فى عقد البيع - الاستئناف الأهلى الرقم ١٣ يونه سنة ١٩٠١ مجموعة نمرة ٥٩ سنة ثالثة

١٣١٨ - اذا لم يذكر فى عقد البيع ضمن ملحقاته « الدوار » وجب مراعاة قصد المتعاقدين بحسب ما يظهر من ظروف الأحوال - مخطط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٢٨ مجموعة ثانية

١٣١٩ - متى كانت الأرض والبناء القائم عليها مملوكين لشخص واحد فالمعتبر أن بيع المنزل يشمل البناء والأرض القائم عليها - مخطط ٢ يناير سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٤٢٩ مجموعة ثانية

١٣٢٠ - حق الممر للشارع العام لا يعتبر من الملحقات الضرورية للبيع وعلى ذلك لا يلزم البائع بتسليمه ولا يجوز للمشتري طلب الفسخ بناء على أن الأرض لا طريق لها - ٧ يناير سنة ١٨٩٧ نمرة ٩ ص ١٠٤ فقرة ٤٦٩٩

١٣٢١ - أن حق الممر للطريق العام للملك محاط لا يعد من الملحقات الضرورية للعقار ولا يجب حينئذٍ على البائع تسليمه وعلى ذلك تعتبر الدعوى المقامة بطلب فسخ البيع بناء على أن المبيع محاط على غير أساس - مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ وفقرة ٤٦٦٣ مجموعة أولى

١٣٢٢ - وما يرجع فيه لجنس المبيع أو قصد المتعاقدين أو العرف الأشياء الآتية: -

الرجوع لجنس
المبيع أو قصد
المتعاقدين

المنقولات المتعلقة بالعقار التى تعد مالا ثابتا هى ملحقات للبيع ويجب على البائع تسليمها معه كآلات الزراعة والماشية اللازمة لها المملوكة لصاحب الأرض والخطب والسجاد الموجود بالأرض وقت البيع - بودرى المطول فقرة ٣١٥

إلا أن الأموال الثابتة بالالتحاق لا تعد من الملحقات إلا في حالة بيع العقار المتعلقة به بأكمله . أما إذا بيع العقار مجزأ فترزول عن الأموال المذكورة صفة الالتحاق . ولكن إذا بيع بالانصباء كالنصف أو الثلث كان البيع لحصة مشاعة من كل وعلى ذلك يستحق المشتري نصيباً بقدر ما اشترى من الأموال الملحقة بالعقار — بودرى المطول نفس الفقرة ١٣٢٣ — وما يحدث من طمى الأنهار يكون ملكاً للمالك الأرض التى على ساحل النهر (مادة ١٦٠ أهلى) وعلى ذلك يعد ملحقاتاً به ويجب تسليمه معها

إذا جعل البحر حداً من حدود الأرض المباعة فى العقد فلا يدخل شاطئ البحر لأنه معتبر من أملاك المدة للمنفعة العمومية — مخطط ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٣٨٩ مجموعة ثانية

١٣٢٤ — ويعد من ملحقات العمل قناة جلب المياه وقناة صرفها إلا إذا كانت القناة مشتركة بين عقارات أخرى فيكون للمشتري فقط حق ارتفاق عليها — بودرى المطول فقرة ٣١٧

١٣٢٥ — ونقل الملك ينقل للمشتري جميع الحقوق المرتبطة به والتي تعد من توابعه وملحقاته كحقوق الارتفاق والدعاوى المتعلقة بها

١٣٢٦ — ولكن الحقوق التى لا ترتبط بالمبيع لا تنتقل وكذلك الدعاوى الناشئة عنها . مثال ذلك دعاوى التعويض الناشئة عن التعرض للبائع قبل البيع أو الناشئة عن أحداث تلف بالمبيع قبله أيضاً والدعاوى المقامة على الحكومة أو شركة لتعديلها فى الشوارع الموصلة للطريق العام مثلاً

الحقوق التى لا ترتبط بالمبيع

وَحقوق الارتفاق التى لمنفعة العقار المبيع على الأراضى المجاورة تعد ملحقات يستفيد منها المشتري

١٣٢٧ — ولكن دعوى الضمان التى للبائع قبل المهندس المعماري الذى يبنى المنزل المبيع تنتقل حتماً للمشتري باعتبارها من توابع المبيع — لوران ٢٤ ص ١٨٦ — دوهلس فقرة ٢٠٠

١٣٢٨ — وبالجمله يدخل فى البيع جميع ملحقات العقار الضرورية كما قرر القانون

والتي بدونها لا تحصل المنفعة التي كان ينتفع بها البائع
ويخرج بالملحقات الضرورية للعقار الحقوق الشخصية التي كانت للبائع كحق الصيد
في أرض الجار الذي كان للبائع - بودرى ققرة ٣١٨

١٣٢٩ - وإذا بيعت بقرة ذات لبن دخل في المبيع ولدها الرضيع . وقد نص
القانون المختلط على ذلك (مادة ٣٥٩) وأغفله القانون الأهلى لأن الأمر يرجع في
تأويله للروابط السابق بيانها فان كانت البقرة حلوباً ولا ينتفع بها إلا بولدها عد
تابعاً لها وإلا فلا

١٣٣٠ - أما ما يعد من ملحقات المنقول فأمر دقيق والأولى تركه للعرف الجارى
أولاً اتفاق المتعاقدين - قانون بودرى ققرة ٣١٩

١٣٣١ - ولكن لأهمية محل التجارة (الجدك) بحث في الأشياء التي تعد من
ملحقاتها عند بيعها . ووجه الشك ان محل التجارة لا يشمل فقط البضاعة التي في
الخزن وإنما يتناول أيضاً كل ما يستبقى زبائنه أو يستجلبهم . فعلاصة المحل . واللوحه
المنقوش عليها عنوانه . ودفاتر الحسابات . والحق في استعمال اسم البائع مشفوعاً بعبارة
(خليفته) (*son successeur*) كل ذلك من لوازم ومقتضيات محلات التجارة
١ - أما اللوحه المكتوب فيها عنوان الدكان وشارته (اليفطة) فقد حكم بأنها
من ملحقات المحل التجارى (الجدك) بخلاف البناء الذي يحصل مباشرة التجارة فيه
فاذا ملك شخص عمارة وأنشأ بها محلاً تجارياً ثم باع العمارة واستأجر المكان
الموجود به تجارته فلا تدخل يفته محل التجارة في بيع البناء بل تبقى للبائع وله أن
ينقلها معه اذا نقل تجارته لمكان آخر فاذا باع تجارته دخلت في بيعها -

» بودرى ققرة ٣٢٠ «

والظاهر أن لا خلاف في هذا الأمر بحسب نص القانون المصرى لأن اليفطة
من ملحقات محل التجارة بحسب جنس المبيع

ب - أما من جهة استعمال اسم البائع فقد حكم بأن لا حق للمشتري في استعمال

اسمه إلا المدة اللازمة لجلب الزين فقط — محكمة ليون ١٢ يونيو سنة ١٨٧٢ دالوز
سنة ٧٤ ص ١٦٨

ويقول الأستاذ بودرى ان محل هذا التحديد ما اذا استعمل المشتري اسم البائع وحده بأن أبقاه على لوحة الدكان دون اضافة اسمه بعده لأن بيع أسماء الأشخاص غير جائز ولا يستعمل الاسم إلا بأذن خاص من صاحبه . على ان للمشتري أن يضيف لاسمه عبارة « خليفة البائع » سواء على اللوحة أو في الاعلانات التي ينشرها وأن يستعمل ذلك بغير تحديد مدة فان هذه الاضافة لا تعد استعمالاً لاسم البائع بل هي تقرير لأمر واقع

واذا قيل بأن استعمال اسم البائع في الحالة الأولى قد يعود عليه بالضرر لأنه يوهم الجمهور أنه لا يزال يتعاطى التجارة فذكر اسم المشتري بأنه أخلفه لا ينشأ عنه ضرر ما
ح — أما علامة الفاورية أو التجارة ففيها تفصيل :

في العلامات
التجارية

فاذا كانت العلامة عبارة عن نعوت للزخرف وصفات عامة^(١) أراد بها الصانع أن يميز الأصناف من بعضها فتعد ملحقة لمحل التجارة ويتناولها البيع . أما اذا قصد بها الدلالة على محل صنع البضاعة ومصدرها ففي هذه الحالة تعد من ملحقات الفاورية أو العمل الذي يصنع الأشياء ولا يتناولها بيع محل التجارة إلا اذا كان المحل المذكور والفاورية أو العمل واحداً — بودرى المطول فقرة ٣٢٠

واذا رجعنا لنص المادة المصرية نجد أن تفسيرها وتطبيقها مؤد لهذه النتيجة
١٣٣٣ — وقد نظر الشراح في استعمال العلامات التجارية الى نظر آخر وهو أنه اذا كان للبائع علامة يضعها على مصنوعاته وجب عليه أن يسلم البضاعة وعليها هذه العلامة دلالة على مصدرها وصفتها . والمشتري أن يتمتع من استلام البضاعة اذا وجدها خالية من تلك العلامة كعلامة « كريستوفل » على بعض الفضيّات . وذلك مالم يوجد شرط يقضى بغير ذلك . مثال ذلك اذا كان صنف من عينة رديئة والمالك لا يريد أن يفقد

(١) *Indication arbitraire ou nom de fantaisie* كالصفات التي توصف بها

سجائر الدخان والأقشة وغيرها

شهرة محله فيترك هذا الصنف من غير وضع علامة عليه . ويشاهد ذلك كثيراً في المشروبات كما يشاهد في المصنوعات والأشياء التجارية

١٣٣٣ - ويبيع محل التجارة (الجذك) يشمل اجارة المحل فواجب على البائع التنازل عنها للمشتري اذا كان التنازل جائزاً . فاذا كان ممنوعاً من اسقاط حقه وجب عليه الحصول على الإذن بذلك والأجاز للمحكمة مع ذلك ابقاء الإيجار للمشتري الجذك بعد النظر في التأمينات التي يقدمها ذلك المشتري ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقي - مادة ٣٦٧ أملى وانظر فقرة ٤٤٢ السابقة وما بعدها ودو هلس آخر فقرة ٢٠٠ ج ٤ بيع ١٣٣٤ - اذا بيع محل تجارى أو صناعى بشرط التنازل عن معاملة زبنه تضمن ذلك التزام البائع بأنه لا ينشئ محلاً مماثلاً للذى باعه بكيفية تضرر المشتري وأن لا يسعى في جلب عملاء المحل المبيع اليه

على أنه أحياناً يحكم بعكس ذلك جرياً على مبدأ حرية التجارة فلمسألة مسألة وقائع يترك تقديرها للقاضى - دو هلس فقرة ١٩٧ وانظر فيما تقدم فقرة ٣٤٩

١٣٣٥ - ويبيع مكتب ما يشمل الدفاتر وملفات القضايا وأصول الأوراق وغيرها في بيع المكاتب حتى ملفات القضايا التى انتهت لاحتمال أن تكون لازمة بعد . فاذا كان البائع محتاجاً اليها لتحصيل أتعابه جاز له استعمالها لهذا الغرض

ومما جرى العرف باعتباره من ملحقات البيع القسائم الموجودة بالسندات التى لحاملها وتباع معها كقسائم الأرباح أو الحصص ويجوز فصلها قبل استحقاقها بأيام - « دو هلس فقرة ٢٠١ - والمختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٢٦ مجموعة ثانية »

١٣٣٦ - ويبيع لوحات التصوير يشمل حق نقل صورتها بالتصوير الشمسى في بيع لوح التصوير (الفتوغرافيا) أو بأي طريق آخر فان هذا الانتفاع من ملحقات ملكيتها

١٣٣٧ - ويبيع الحصان يلزم البائع بتسليم الرمن اللازم لقيادته . أما السرج فلا يعد من الملحقات . واذا كان مبيعاً على أنه أصيل كجواد عربى أو مسكونى وجب على البائع تسليم الشهادة الدالة على أصله لأنها ضرورية لإثبات صفة الحصان إذ ربما

كانت هذه الصفة هي التي بعثت المشتري على الشراء

١٣٣٨ - يستخلص من كل ما تقدم ان اعتبار الشيء من ملحقات المبيع بحسب قصد المتعاقدين أمر يختلف باختلاف الظروف والأحوال ولا رابط له إلا وجوب مراعاة أن الشيء لازم للانتفاع بالمبيع واستغلاله خصوصاً اذا تبين أن الشيء المبيع لا ينتفع به ولا ترجى منه فائدة اذا انفصل عن المبيع وبقي تحت يد البائع

في تسليم
المبيع كاملاً

١٣٣٩ - نص القانون على تسليم المبيع بملحقاته الضرورية فمن باب أولى يجب أن يسلمه البائع بأكمله اذ الوفاء يجب ان يكون على الوجه المتفق عليه وان لا يكون ببعض المستحق (مادة ١٦٨ أهلى و ١٢٤٤ فرنساوى) فالمشتري لا يجبر عملاً بذلك على استلام بعض المبيع لأن تسليم البعض لا يعد تنفيذاً للتعهد بالتسليم . وله حينئذ أن يمتنع من استلامه وأن يطلب تسليم المبيع بأكمله في الميعاد المتفق عليه إلا اذا وجد شرط بخلاف ذلك . فاذا امتنع كان للدائن الخيار بين طلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات وبين طلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقيم المدين بوفائه

وتسرى هذه القاعدة على المبيع المعين بنوعه او بذاته على السواء - انظر مادة ١٧٧ و ١٦٨ أهلى وبودرى قرة ٣٢٥

١٣٤٠ - والمبيع ولو كان قابلاً للاقسام في ذاته ينفذ بين المتعاقدين كأنه غير قابل له وذلك لأنه يجب الوفاء بالتعهد على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين واعتبار التعهد غير قابل للاقسام بالنسبة للغرض المقصود من التعهد - انظر المادة ١٢٢٠ فرنساوى و ١١٨ و ١٦٨ أهلى

عدم مطابقة
مقداره
للمتفق عليه

وبناءً على ما تقدم لا يجوز للمشتري في بيع السلم أن يمتنع فقط من استلام بعض البضاعة التي يعرض البائع تسليمها بل يجوز له أيضاً أن يبقى على حساب البائع الأصناف التي أرسلها له ولم يكن مقدارها موافقاً لما اتفق عليه

ولكن جرت العادة التجارية على التسامح في هذه الحالة اذا كان الفرق في المقدار طفيفاً كما تسامحت في الفرق اليسير في الصنف طبقاً لما أشرنا إليه آنفاً وعلى

ذلك اذا لم يكن الفرق جسيماً فان البائع يتساهل في استلام القدر المقدم له لأن الفرق الطفيف لا يميز الامتناع من الاستلام ولا يسوغ للمشتري أن يطلب الفسخ أو يطلب تعويضات وإنما يبيح له فقط أن يعدل في الثمن بنسبة ما سلم اليه وحيث كان محل هذا الاستثناء ما اذا كان النقص يسيراً كان تقدير ذلك أمر يرجع للمحاكم تقدره بحسب العوائد التجارية — تنبيه — انظر أيضاً الفرع الثاني فقرة ١٣٤٥ وما بعدها

١٣٤١ — قد يذكر أحياناً في الشروط بأن البضاعة تسلم بمقدار معين «على وجه التقريب» فالتسامح في هذه الحالة في تعديل الثمن قد يكون بنسبة اكبر مما يكون في الحالة السابقة وقد جرت العادة أيضاً بأنه اذا كان المقدار أزيد من المتفق عليه فيزداد السعر أيضاً وكل ذلك يرجع فيه لعرف التجارة — بوردي فقرة ٣٢٥

١٣٤٢ — اذا بيع المبيع واشترط تسليمه على جملة دفع كبيع مائة أردب تسلم على أربع مرات فالمشتري أن يتمتع من استلام كل دفعة اذا كانت أقل من ٢٥ أردباً بمراعاة تعديل الثمن زيادة ونقصاً وعدم الوفاء في تنفيذ دفعة أخرى لا يستوجب فسخ الصقعة بأكملها وإنما يستوجب الفسخ بالنسبة للدفعة التي لم تنفذ لأن المبيع في هذه الحالة يعتبر مجزئاً وكل دفعة مستقلة عن الأخرى

كذلك اذا تناول البيع جملة أشياء لا ترتبط ببعضها فسلم البائع بعضها ولم يسلم البعض الآخر فعدم تسليم البعض الآخر لا يستوجب فسخ الصقعة — بوردي فقرة ٣٢٥

١٣٤٣ — اذا سلم البائع المبيع وامتنع من تسليم ملحقاته جاز للمشتري أن يطلب وضع يده عليها أو استردادها لأنه مالك لها من وقت البيع كما يجوز له أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء البائع بتعهدده وأن يطلب رد الثمن مع التعويض — دوهلس فقرة ٢٠٢ انظر مادتي ١١٧ و ١١٨ أهلى والمختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤٢٤ مجموعة ثانية أحكام —

١٣٤٤ — اذا استلم المشتري آلة بخارية وأعطى إيصالاً بها وملحقاتها فلا يجوز له بعد تقادم عهد الاستلام أن يتقاضى بشأن نقص بعض الملحقات ما لم يكن حفظ حقه في ذلك صراحة — مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٤٢٣ مجموعة ثانية

الفرع الحادى عشر - فى نقص المبيع أو زيادته

قوانين مصرية

مادة ٢٩٠ أهلى - على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقياسه المبين له فى عقد البيع

مادة ٣٦٣ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٩١ أهلى - الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض اذا بيعت جملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار آحادها ووجد مقدارها الحقيقى أقل من المقدر فى العقد فالمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين ابقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . واذا زاد الموجود عن المقدار المعين فالزيادة للبائع

مادة ٣٦٤ و ٣٦٥ مختلط - مطابقة لها

مادة ٢٩٢ أهلى - اذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن اتقسامه بغير ضرر وكان قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار آحاده فى حالة وجود نقص أو زيادة فى المقدار المعين يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل

شريعة اسلامية

مادة ٣٥٤. رشد الحيران - اذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التى ليس فى بيعها ضرر أو من العدديات المتقاربة وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن كل كيل أو رطل أو فرد منها على حدته فان وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع وان ظهرت ناقصة عن المقدار المعين فى العقد فالمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن وان ظهر انها زائدة على المعين فى العقد فالزيادة للبائع

مادة ٣٥٥ منه - اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى بيعها ضرر أو قطعة أرض وعين قدر وزنها أو ذرعها مع بيان جملة ثمنها فان وجدت حين وزنها أو ذرعها تامة لزم البيع وان ظهرت ناقصة عن المقدار الذى بين فالمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى وان ظهرت زائدة عن القدر المعين فالزيادة للمشتري ولا خيار للبائع

مادة ٣٥٦ منه - اذا بيع مجموع من الموزونات أو المذروعات التى فى بيعها ضرر أو قطعة أرض مع بيان مقدار وزنه أو ذرعه وبيان ثمن مقدار كل رطل أو ذراع على حدته فان وجد المجموع وقت التسليم زائداً أو ناقصاً عن القدر المعين من الوزن والذرع فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذى بينه لكل رطل أو ذراع

مادة ٣٥٧ منه - اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند البيع تامة لزم البيع وان ظهر ناقصاً أو زائداً كان البيع فى صورتين فاسداً

مادة ٣٥٨ منه — اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقداره مع بيان أثمان آحاده وأفراده فان ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً في فسخ البيع أو في أخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى وان ظهر زائداً كان البيع فاسداً

مادة ٣٥٩ منه — في الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة اذا قبض المشتري المبيع وهو يعلم انه ناقص فلا خيار له في الفسخ بعد القبض

قانونه فرنساوى

مادة ١٦١٦ منه — يجب على البائع أن يسلم المبيع بمقداره المبين في العقد وذلك بمراعاة القيود الالية

مادة ١٦١٧ منه — اذا بيع العقار مع بيان مقاسه وقدر الثمن باعتبار آحاده وجب على البائع أن يسلم للمشتري المقدار المتفق عليه في العقد اذا طالب ذلك

فان تعذر تسليم القدر المشروط أو لم يجبر المشتري بائه على ذلك وجب على البائع أن ينقص من الثمن للمشتري بنسبة ما نقص من المقدار المطلوب

مادة ١٦١٨ منه — أما اذا وجد مساحة العقار المبيع بالكيفية المبينة في المادة السابقة أزيد من القدر المبين في العقد فان المشتري يكون مخيراً بين تكميل الثمن وبين طلب الاقالة من البيع اذا كانت الزيادة تتجاوز القدر المبيع بمقدار جزء من عشرين منه

مادة ١٦١٩ وفي الأحوال الأخرى : سواء كان المبيع عيناً معينة معلومة المقدار أو عدة أملاك متميزة ومنفصلة

وسواء كان المبيع مسبوقاً ببيان مقاسه أو معيناً تعييناً معقلاً بذكر المقاس فان بيان المقاس لا يجعل للبائع حقاً في زيادة

مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي أما اذا كان الثمن تعين جملة فالمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه

٣٦١ مختلط — مطابقة لها مع حذف ما يأتي بعد كلمة آحاده « ففي حالة وجود نقص أو زيادة في المقدار المعين »

مادة ٢٩٣ اهلى — لا يجوز للمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المواد السابقة إلا اذا كان الغلط زائداً عن نصف عشر الثمن المعين

٣٦٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩٤ اهلى — اذا كان هناك وجه لفسخ البيع فعلى البائع رد الثمن الذى قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشتري بموافقة القانون

٣٦٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩٥ اهلى — وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار فسخ البيع إلا اذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً

٣٦٩ مختلط — مطابقة مع اضافة « وبما

عليه من حق الرهن وغيره بين « بالغلط الواقع فيه » « ويسقط حقه »

مادة ٢٩٦ أهلى - حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن وكذلك حق البائع في طلب تكميل الثمن يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد

٣٧٠ مختلط - مطابقة مع اضافة عند الاقتضاء بين « تكميل الثمن ويسقطان »

الثنى لزيادة المقاس ولا للمشتري حقاً في تنقيص الثمن لنقص المقاس الا اذا كان الفرق في الزيادة والنقص بين المقاس الحقيقى وبين المقاس المبين في العقد يبلغ جزءاً من عشرين بالنسبة لقيمة مجموع الاشياء المبيعة وهذا ما لم يكن اشترط المتعاقدان خلاف ذلك

مادة ١٦٢٠ منه - في حالة ما اذا زاد الثمن لزيادة المقاس طبقاً لما هو مقرر في المادة السابقة يكون للمشتري الخيار في طلب الاقالة من البيع أو دفع ما زاد عن الثمن مع فوائده اذا أبقى المقار المبيع

مادة ١٦٢١ منه - في جميع الاحوال التى للمشتري فيها حق طلب الاقالة من المبيع يجب على البائع أن يرد له الثمن اذا كان قبضه ومصاريف العقد

مادة ١٦٢٢ منه - يجب ان ترفع الدعوى بطلب تكميل الثمن أو تنقيصه أو نقض البيع من المشتري في خلال سنة من تاريخ العقد والا سقط الحق في اقامتها

مادة ١٦٢٣ منه - اذا كان المبيع غيبين بعقد واحد وثنى واحد مع بيان مقاس كل منهما فوجد نقص في احدهما وزيادة في الاخرى وجب طرح الزيادة من النقصان مقاصة فاذا وجدت زيادة أو نقص بعد المقاصة فلا تكون المطالبة بتكميل الثمن أو تنقيصه الا بحسب الاصول المقررة في المواد السابقة

١٣٤٥ - قضت المادة ٢٩٠ أهلى (٣٦٣ مختلط) أن يسلم البائع المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه المبين في العقد وجوب تسليم المبيع بقدره أو وزنه

ولكن قد يتفق أن يشاهد عند تسليم المبيع نقص أو زيادة في المقادير المتفق عليها فما هو حكم ذلك وما هو تأثير هذه الأحوال على المبيع وعلى الثمن ؟
نلاحظ أولاً أنه يحصل أن يكون المقدار المطلوب غير معتبر على وجه خاص في البيع ولو أنه معين في العقد وزناً أو كيلاً أو مقاساً . فإن كان المقدار محل اعتبار

خاص فقد قرر القانون الأحكام الواجب مراعاتها في هذه الأحوال. وقبل بيانها نلاحظ أيضاً أن محل تطبيقها لا يكون إلا عند سكوت المتعاقدين. أما إذا اتفقا على أمر. أو شرطاً شرطاً عمل به لأن الاتفاق قانونهما. فلهما أن يتفقا على تعديل أحكام القانون في هذا الشأن كلها أو بعضها. وعدم المطالبة بفرق المقادير أو المساحة زيادة وعجزاً. أو التنازل عن حقهما في فسخ البيع حتى ولو كان القانون يبيح ذلك بأن كان الغلط يتجاوز جزءاً من عشرين من الثمن المعين

١٣٤٦ - فإذا لم يكن شيء من ذلك رجع لحكم القانون. ومما يلاحظ أن كلامه قاصر على الأشياء التي تباع مع بيان مقاديرها ومقاساتها ثم يظهر وجود نقص أو زيادة في المقدار الحقيقي عن المقدار المبين في العقد

أما الأشياء التي تباع جملة بغير بيان لمقاديرها من مقاس أو وزن أو كيل فلا دخل لها لأنه واجب على البائع تسليمها بحسب حالتها كيبيع عقارات مع ذكر حدودها فقط فانه ينبغي على البائع أن يسلم للمشتري كل ما يدخل في الحدود المذكورة ولو زاد مقدارها عما قدره البائع أو نقص عما قدره المشتري - دوهلس فقرة ١٧٢ ج ٤ بيع ١٣٤٧ - والأصل في الأشياء التي تباع «ببيان مقدارها» أنه يجب على البائع أن يسلم ما باعه بقدره أو وزنه أو مقاسه المتفق عليه فإذا لم يتم بذلك عملاً بالمبادئ العامة المقررة للوفاء بالتعهدات كان للمشتري الحق قانوناً أن يجبره على ذلك أو يطلب الفسخ مع التضمينات - مادة ٢٩٠ أهلى (٣٦٣ مختلط) ومادة ١١٧ أهلى

ولكن القانون أجاز في بعض الأحوال للمشتري أن يبقى البيع وأن يدفع الثمن بأكمله أو مع اتقاصه أو زيادته وفرق في هذه الأحوال بين الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض (الأشياء المثلية) وبين الأشياء التي لا تنقسم بغير ضرر مثلية كانت أو قيمية - دوهلس فقرة ١٧٤

وحيث جرى القانون في هذا الموضع أحكام الشريعة الإسلامية فلا مندوحة من الاستئناس بقول فقهاء لمعرفة علل وأسباب ما قرره من المبادئ

١٣٤٨ - ان تعبير القانون « بالأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض » يراد به المراد بالأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض
الأشياء المثلثة التي لا تتفاوت أفرادها تفاوتاً يعتد به ويوجد لها مثل في المتجر فتستبدل ببعضها بلا ضرر لأنها تستوى في القيمة متى استوت في القدر والصف -
« دوهلس ققرة ١٧٥ بيع ج ٤ »

١٣٤٩ - فاذا بيعت هذه الأشياء جزافاً وقدر ثمنها جملة (جميع القطن الموجود في مخزن معين بمبلغ ألف جنيه) كان البيع نهائياً أيّاً كان المقدار الموجود . زاد أو نقص عما قدر المشتري له . ويرأى البائع من تعهده بتسليم ما يوجد في المخزن - دوهلس
قرة ١٧٦ بيع ج ٤

١٣٥٠ - وليس الحال كذلك اذا تعين مقدارها وقدر الثمن باعتبار آحادها
١ - فان زاد الموجود حقيقة عن المقدار المعين فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين فما زاد عنه يبقى على ملك البائع اذ البيع لا يتناول غير القدر المسمى (١)
« مستفاد من الزيلعي ص ٦ ج ٤ فتح القدير ج ٥ ص ٩١ »

ب - وان نقص فالمشتري الخيار في ابقاء البيع أو فسخه :

١ - فاذا أبقاه يأخذ القدر الموجود مع تنقيص ثمنه تنقيصاً نسبياً أي يدفع ثمنه بحسب السعر المتفق عليه باعتبار أفرادها وذلك لأن تقدير الثمن باعتبار الآحاد يفيد أن قصد المتعاقدين دفع الثمن بنسبة ما يسلم من المبيع

ويعمل الفقهاء ذلك بأن القصد يتعلق بالقدر المبيع والثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلث مكيلاً أو موزوناً . مثال ذلك بيع ١٠٠ قنطار بسعر ١٥ ريالاً لم يسلم البائع منها غير ٩٠ قنطاراً فان الثمن ينقص باعتبار ١٠ قناطير مضروبة في ١٥ ريالاً

٢ - أما اذا طلب فسخ البيع فالفسخ لا يجوز إلا اذا كان مقدار النقص زائداً على جزء من عشرين من الثمن المعين (أي خمسة في المائة منه) وذلك لتفرق

(١) الا اذا كان وصفاً بأن كان المبيع من درجة مخصوصة فلم درجة أرق منها والفقهاء يفرقون بين القدر والوصف لأن الوصف في البيع لا يقابله شيء من الثمن (غير ان الفرق التجاري جرى الآن على أن يزداد الثمن لجودة الصنف) أما المقدار فلا يأخذ المشتري الا بحصته - فتح القدير ص ٩١ ج ٥

الصفقة الواحدة على المشتري قبل تمام الرضاء لأن العقد ورد على جملة معلومة فإذا
نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة فلم يتم رضاه — زيلعي ج ٤ ص ٦ وفتح القدير
ج ٥ ص ٩١

ففي المثال السابق يكون الثمن بأكمله ١٥٠٠ ريالاً وقيمة العجز ١٥٠ ريالاً فطلب
الفسخ في محله

أما إذا كان العجز لا يتجاوز ثلاثة قناطير مثلاً فلا محل للفسخ لأن قيمتها ٤٥
ريالاً وهي أقل من نصف عشر الثمن المعين أي أقل من ٥٪ منه

١٣٥١ — ويلاحظ أن الفسخ لا يجوز الأبهذا القيد أما نقص الثمن فيحصل بنسبة

أي عجز يشاهد وان قل — مادة ٢٩٣ أهلى وبلايول فقرة ١٤٥٨ ج ٢ ودو هلس فقرة ١٧٨

١٣٥٢ — يقصد بالأشياء التي لا يمكن انقسامها بغير ضرر الأشياء التي تلف

بالقسمة والأشياء التي لو سلم بعضها لنشأ عن تسليمها بالصفة المذكورة ضرر للبائع أو

للمشتري بالنظر للغرض المقصود من الشراء والاستعمال المعد له الشيء . فالفدان من

الأرض قابل للانقسام ولكن لو كان معداً لاقامة معمل عليه ولم يمكن تسليمه بأكمله

كانت تجزئته مضرّة بالمشتري . وقطعة القماش المعدة لصنع ثوب خاص اذا قسمت

تلف تلفاً يضر البائع لأنه لا يبيع المتر منها بمثل الثمن الأول وهكذا

وفي هذه الحالة إما أن يكون قد تعين في عقد البيع مقدار المبيع وثمانه باعتبار

آحاده أو تعين ثمنه جملة

١ — فان كان الثمن تعين باعتبار آحاده ففي حالة وجود نقص أو زيادة في المقدار

المعين وزناً أو مقاماً أو كيلاً يكون للمشتري الخيار بين :

١ — ابقاء البيع وأخذ القدر الموجود بالكامل ودفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي

بحسب الثمن المتفق عليه أيًا كان النقص أو الزيادة لأن تعين الثمن بحسب الآحاد

يفيد ان قصد المتعاقدين دفع الثمن بنسبة القدر المسلم . والفقهاء يقولون انه في هذه الحالة

يجعل الذراع « فيما يقاس بالذراع » أصلاً لأنه عين ينتفع به بانفراده . فان كان ناقصاً

في الأشياء التي
لا يمكن قسمتها
بغير ضرر

حكمها عند
تعين الثمن
بالآحاد

أخذه بحصته أو ترك لتفرق الصفقة عليه . وإن كان زائداً أخذه كله بثمنه أو تركه لأنه إن حصل له الزيادة في البيع فتلزمه الزيادة في الثمن . وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لأن التبعض يضر البائع وهذا بخلاف الأشياء المثلية فإن قيمتها لا تنقص بنقصان القدر . فإن صبرة القمح التي تكون مائة أردب إذا صارت إلى عشرين فثمن الأردب لا ينقص ولكن الثوب الذي يصنع قباء أو فرجية وعادته عشرة أذرع إذا جرى ويبيع كل ذراع بمفرده فلا يساوى ما كان يساويه لو بيع بأكمله لأنه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل وقس على هذا

٢ - أو فسخ البيع بشرط أن تتجاوز الزيادة أو النقص جزءاً من عشرين من الثمن المعين . فإن كانت أقل فالفسخ غير جائز ولكن الثمن يعدل زيادة أو نقصاً بحسب الأحوال

ب - أما إذا كان الثمن تعيين جملة فالمشتري الخيار بين : ١ - الفسخ إذا كان الغلط (الزيادة أو النقص) تتجاوز $\frac{1}{4}$ من الثمن المعين . ٢ - أو أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه جملة - مادة ٢٩٢ أهل

ووجه الخلاف بين هذه الحالة وسابقتها انه لا يجوز هنا تعديل الثمن . ويعلل الفقهاء هذا الرأي بأن المقاس هنا وصف والوصف لا يقابله شيء من الثمن فكان كل الثمن مقابلاً بالعين كلها . فإن وجدته ناقصاً يثبت له خيار الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد . وإن وجدته زائداً فهو له بذلك الثمن لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - زيلعي ص ٦ ج ٤ وفتح القدير ص ٩١ ج ٥

١٣٥٣ - وقد حكم بأنه إذا اشتمل عقد بيع العقار على تعيين الثمن جملة بغير أحكام اعتبار آحاد المبيع فلا يسوغ للبائع فيما بعد أن يطلب استرداد جزء من العقار المبيع مرتكناً على ان المساحة الحقيقية تزيد عن المساحة المينة في عقد البيع

ملحوظة - ويظهر ان الحكم يكون بنفس هذه الطريقة إذا كان الثمن قد تعين

باعتبار آحاد الشيء المبيع - فاقوس الجزئية ١٦ سبتمبر سنة ١٩٠٧ عدد ٩٣ ص ٢١٤
مجموعة رسمية سنة ٩

١٣٥٤ - اذا بيع عقاران بمقاس واحد وثمان واحد ووجد في مقاس أحدهما عجز فهذا لا يعطى للمشتري الحق في فسخ البيع طبقاً للمادتين ٢٩٢ و ٢٩٣ مدني
الا اذا كانت قيمة ذلك الجزء زائدة على نصف عشر الثمن الذي تقرر للعقارين معاً
والاستئناف ١٧ يناير سنة ١٩١٠ عدد ٦٢ ص ١٧٧ مجموعة رسمية سنة ١١

١٣٥٥ - وفي البيع بالفدادين يحتسب الفدان باعتبار $\frac{1}{3}$ ٣٣٣ فذلك هو المقاس
الذي حدده الأمر العالي الصادر في ١٥ ذي الحجة سنة ١٢٧٧ - مختلط ٢٥ مارس
سنة ١٨٩٦ ص ٨ ص ١٦٩ وقرة ٤٦٩٥ مجموعة اولى

١٣٥٦ - من اشترى مقداراً من الأطنان ووضع يده عليها وحصل الايجار
من مستأجر من البائع بنسبة القدر المبيع لا يجوز له أن يطلب بعد ذلك تنقيص
الثمن بدعوى وجود نقص في القدر المبيع - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ ص ٦ ص ٧١
وقرة ٤٧ مجموعة اولى

١٣٥٧ - وفي جميع الأحوال التي يختار المشتري فيها الفسخ يجب على البائع
أن يرد له الثمن الذي قبضه ورسوم عقد البيع والمصاريف التي صرفها المشتري بموافقة
القانون - مادة ٢٩٤ أهلى (٣٦٨ مختلط)

ما يجب رده
عند الفسخ

ويلاحظ ان عبارة المصاريف التي صرفها المشتري بموافقة القانون غير واردة في
مادة ١٦٢١ من القانون الفرنساوى والمقصود بها المصاريف الحقيقية وهي تشمل طبعاً
مصاريف السمسرة ان كانت دفعت

١٣٥٨ - وهل للمشتري حق الحبس عن الثمن والمصاريف الواجب ردها له
ضماناً لحقوقه ؟

لأول نظرة يرى الانسان أن حق الحبس خول للبائع لعدم دفع الثمن لا للمشتري
لعدم استرداد الثمن ولكن الواقع أننا بازاء تعهدين متلازمين ويجب وفاءهما معاً وفي
وقت واحد فللبائع أن يحبس المبيع حتى يدفع له الثمن والمشتري أن يحجز الثمن حتى

حق الحبس
عما يجب رده

يسلم اليه المبيع والقول بغير ذلك يجعل أحد المتعاقدين تحت رحمة زميله فان البائع وقتئذ يسترد المبيع ويماطل المشتري في الثمن ان لم يأكله — دوهلس فقرة ١٨٣ بيع ج ٤
 ١٣٥٩ — في الأحوال التي لا يجوز أن يطلب فيها الفسخ إلا اذا كان التلف زائداً على $\frac{1}{3}$ يلاحظ أنه لو كان الغلط يقل عن ذلك ولكنه يجعل الشيء غير صالح لما أعد له من الاستعمال فالفسخ يتعين. وكذلك لو كانت الزيادة لا تتجاوز $\frac{1}{3}$ ولكن المشتري لا يستطيع دفع ما يقابلها من الثمن فالفسخ متعين أيضاً — دوهلس فقرة ١٨٤ بيع ج ٤
 ويجب أن يلاحظ أن البائع يجب عليه في الأصل أن يسلم المبيع بعينه والأمر جاز للمشتري طلب الفسخ وأما الاستثناءات لهذه القاعدة فلا تتجاوز الأحوال الآنف شرحها

١٣٦٠ — ودعوى فسخ البيع لنقص مقداره أو لزيادته في الأحوال الجائز فيها ذلك يجب أن ترفع في ظرف سنة من تاريخ عقد البيع والأسقط الحق في رفعها حتى لا يبقى عقد البيع زمناً طويلاً مزعزع الأركان غير وطيد وغير لازم — جرانغولان فقرة ١٧٤ وكذلك دعوى طلب تكميل الثمن التي يرفعها البائع في حالة ما اذا وجد المبيع زائداً عن القدر المعين ودعوى تنقيص الثمن أو فسخه التي يرفعها المشتري لاستلامه مقداراً أقل من القدر المعين يجب ان ترفع في ظرف السنة — ٢٩٦ أهلى (٢٧٠ مختلط)
 ولكن المادة ٢٩٦ لا تنطبق على الدعوى المبينة على تعهد خاص حصل بعد عقد البيع الأصلي وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطنان المباعة * استئناف ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ عدد ٩٧ س ١٥)

١٣٦١ — وليس للقاضي أن يحكم بسقوط الحق من تلقاء نفسه اذا رفعت الدعوى وجوب التمسك من الخصم
 بعد مضي السنة المقررة قانوناً بل يجب ان يتمسك به صاحب الشأن من الخصوم فان لكل شخص أهل للتصرف أن يتنازل عن حق كسبه بمضى المدة كما قضى بذلك مادة ٨٠ من القانون المدني التي تنطبق حتى على حالة السقوط المبينة بالمادة ٢٩٦ لأنه ليس في الحقيقة من سبب يدعو الى استثنائها منه — راجع تعليقات دالوز مادة ١٦٢٢ نمرة ٢٥ — مذكرة لجنة المراقبة الخصوصية في ١٥ فبراير سنة ١٩١٠ نمرة ٧

١٣٦٢ - اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة العجز في المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير في المدة المقررة لسقوط هذا الحق في المادة ٢٩٦ من القانون المدني وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة المقررة في المادة المذكورة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه لأن الأحكام المتعلقة بسقوط الحق من حيث المدة المقررة له مما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها - محكمة الاستئناف ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ بمجموعة نمرة ٣٢ سنة أولى

١٣٦٣ - ومدة السقوط هذه لا تشبه الحقوق التي تسقط بالتقادم ولذلك تسرى حتى على عديمي الأهلية فلا تقطع بما يقطع سريان المدة اللازمة للتقادم ونص المادة ١١٢٢ فرنساوي أظهر في هذا المعنى

١٣٦٤ - ويسقط حق المشتري في الفسخ بناء على نقص أو زيادة في القدر المعين مستطات
حق المشتري بما يأتي :

١ - إذا كان المشتري قد استلم المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه ولم يحفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً - مادة ٢٩٤ اهل ٣٦٩ مختلط
٢ - أو تصرف في المبيع يبيعه أو رهنه فان ذلك يعد رضاء بالبيع - مادة ٢٩٥ جرائعولان فقرة ٧٤
ولكن هذا السقوط لا يحصل في حالة رفع دعوى بطلب تنقيص الثمن الذي يكون دفعه المشتري في الأحوال الجائز فيها رفعها

١٣٦٥ - وهذه القواعد تسرى على السواء في البيوع الجبرية والبيوع الاختيارية ويجوز الاشتراط على خلافها أو تعديلها بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان . فلهما ان يخرج كل ضمان للمقدار . وان يشترط حصول الفسخ في احوال غير المنصوص عليها قانوناً . ولكن لا يجوز لهم اطالة المدة التي يجوز رفع دعوى الفسخ فيها كما تقدم « دوهلس فقرة ٧٩ واوبري وروس ٣٦٨ »

١٣٦٦ - وشرط عدم ضمان المساحة^(١) في بيع المقدرات اى في البيع الحاصل شرط عدم ضمان
المقدار

بيان مقدار معين وثمان مقدار بحسب الآحاد لا يمنع تنقيص الثمن بنسبة النقص في المقدار وإنما يمنع المشتري بحسب الظروف من خيار الفسخ إذا كانت الزيادة تتجاوز جزءاً من عشرين . والمحاكم تفسيراً لقصد المتعاقدين أن تحكم بهذا الاعتبار إذا كان مذكوراً في العقد بعد المقاس كلمة « تقريباً » (١)

أما إذا ورد الشرط المذكور في بيع عين معلومة فيعتبر أن المقصود به أن كل فرق في المساحة لا يعطى الحق في طلب زيادة أو نقص الثمن بعكس ما إذا أضيفت كلمة « تقريباً » على المساحة وكل ذلك ما لم يدل قصد المتعاقدين على خلافه — « أوربي وروس ٣٦٧ »

١٣٦٧ — أن البيع الذي يذكر فيه مقدار الفدادين والثمن باعتبار الفدان يعد بيعاً باعتبار الآحاد وليس بيعاً بالجملة . وجملة الثمن المذكور في العقد تكون عبارة عن حاصل ضرب الثمن في مقدار الأطنان

وكلمة تقريباً التي تضاف في مثل هذه الحالة بعد بيان مقدار الأطنان تميز التسامح في عجز بعض قرارات أو على الأكثر فداناً لا عدة فدادين — مخطوط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ قرة ٤٤٣٢ مجموعة ثانية

١٣٦٨ — إذا بيعت كمية غير مقدرة من محصول كبيع ١٥٠ قنطاراً من القطن أو أكثر أو أقل فيراعى عند تقدير التعويض لعدم التسليم أن يقدر القاضي حداً أدنى للكمية المقتضى تسليمها وذلك بمراعاة مصلحة البائع — ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ قرة ٤٤٤٢ و ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ قرة ٤٤٤٣ مجموعة ثانية

١٣٦٩ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه إذا أقر المشتري صراحة في عقد البيع أنه عين العين المبيعة معاينة نافية للجهالة فلا يحق له طلب إبطال البيع بدعوى العجز إلا إذا أثبت تدليس البائع عليه — استئناف أهلي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ عدد ٣٣٦ مجموعة رسمية س ١٥

وهو مبدأ غير صحيح ففرق بين العلم بالمبيع لمعرفة أوصافه والمينة أحكامه في

المادة ٢٤٩ اهلى وما بعدها وبين احكام وجود عجز المبيع .
فالأمر الأول مأخوذة احكامه عن احكام خيار الرؤية كما سبق فأبناه فى موضعه .
والمشتري ان يفسخ البيع ولو كان تام المقدار المعين فى العقد كما يسقط حقه بجميع
المسقطات المينة فى القانون ومنها مجرد وصف المبيع فى العقد بحيث يمكنه معاينته
وتحقيق حاله ولو لم يحصل ذلك فعلاً (مادة ٢٥٢ اهلى)
اما الثانى فلا يعلم عجزه او زيادته الا عند التسليم فيقاس اويوزن اويكال على
حسب الأحوال

وترى الفرق واضحاً فى حالة بيع اشياء معينة بنوعها كقمح وقطن فقد يسقط
بطلانها بدعوى عدم العلم بذكر اليوانات والأوصاف اللازمة فى العقد ومع ذلك
فالفسخ جائز اذا تبين عند التسليم ان الغلط يتجاوز جزءاً من عشرين عملاً بأحكام
القانون — مادة ٢٩١ و ٢٩٣ اهلى

فصل التاسع

القسم الثانى — فى ضمان المبيع

قوانين مصرية	شريعة اسلامية
مادة ٣٠٠ اهلى — من باع شيئاً يكون ضامناً للمشتري الاتقاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع — وكذلك يكون البائع ضامناً اذا كان الحق العيني للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب	مادة ٣٩٧ مرشد الحيران — البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضمان فى العقد مادة ٣٩٨ منه — لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسر البيع بهذا الشرط مادة ٣٩٩ منه — يصح ضمان الثمن للمشتري مطلقاً بظهور الاستحقاق مادة ٤٠٠ منه — علم المشتري يكون المبيع

هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصص به في العقد

مادة ٣٧٤ مختلط - من باع شيئاً «على انه ملك له» يكون ضامناً للمشتري الاتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع . «اما اذا كان المبيع مما تنتقل ملكيته بالتسليم فالبايع ضامن لتسليمه» . وكذلك يكون البائع ضامناً إذا كانت الحق العيني للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به في العقد .

مادة ٣٠١ أهلى - يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للمبيع انما اذا كان هذا الاشتراط حاصلًا بألفاظ عامة وصار نزاع الملكية من المشتري فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التضمينات

مادة ٣٧٥ مختلط - مطابقة لها
مادة ٣٠٢ أهلى - لا تبطل ملازومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا اذا ثبت علم المشتري في وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان

ليس ملكا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع

مادة ٤٠١ منه - انما يرجع المشتري على البائع بالثمن اذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكائن من الأصل . فان ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع بعد الشراء في ملك المشتري كما لو أثبت المستحق انه يملكه بتاريخ متأخر عن الشراء أو بعد ما صار الى حال لو كان غصباً للملكه الفاصب به فلا حق له في الرجوع بالثمن على البائع ما لم يثبت انه كان له قبل هذه الصفة
مادة ٤٠٢ منه - لا يرجع المشتري بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبيئة فان ثبت الاستحقاق باقرار المشتري أو وكيله أو بتكول المشتري أو وكيله فلا يكون له حق في الرجوع على البائع

مادة ٤٠٣ منه - الحكم بالملك للمستحق حكم على ذى اليد وعلى من تلق ذو اليد الملك منه ولو كان مورثه فيتمدى الى بقية الورثة فلا تسمع دعوى الملك من احد منهم

ومتى استحق المبيع من يد المشتري الاخير وقضى به للمستحق جاز لكل واحد من الباعة ان يرجع على صاحبه بعد رجوع المشتري عليه ولو كان اداؤه الثمن له بلا الزام القاضى اياه

مادة ٤٠٤ منه - اذا احال البائع بالثمن على المشتري فدفعه الى المحال ثم استحق المبيع بالبيئة يرجع المشتري بالثمن على البائع لا على المحال وان كان قد اشتراه من وكيل البائع ودفع له الثمن فانه يرجع على الوكيل لا على الأصل وان كان دفعه للاصيل يؤثر الوكيل بأخذه منه ودفعه للمشتري

مادة ٤٠٥ منه - اذا استحق المبيع على المشتري بالبيئة فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان
مادة ٤٠٦ منه - اذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذى اشتراه به المشتري فليس له حق في طلب شيء من البائع زائداً عن الثمن الذى أداه اياه

على البائع في جميع الأحوال

مادة ٣٧٦ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٠٣ أهلى - شرط عدم

الضمان باطل اذا كان حق المدعى

استحقاق المبيع ناشئاً عن فعل البائع

مادة ٣٧٧ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٠٤ أهلى - اذا كان الضمان

واجباً ونزعت الملكية من المشتري فعلى

البائع رد الثمن مع التضمينات

مادة ٣٧٨ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٠٥ أهلى - التضمينات

المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه

من المصاريف وما صرفه المشتري على

المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى

الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع

الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة

قانوناً التي حرم منها بسبب نزع الملكية منه

مادة ٣٧٩ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٠٦ أهلى - اذا نزع

ملكية المبيع من المشتري وجب رد الثمن

اليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع

بأى سبب كان

مادة ٣٨٠ مختلط - مطابقة لها

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٢٥ منه - ضمان البائع للمبيع
يتناول أمرين :

الأول - ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة

الثانى - ضمان العيوب الخفية

مادة ١٦٢٦ منه - البائع ضامن
قانوناً للمشتري المبيع اذا استحق كله أو بعضه
ولو لم يشترط الضمان في العقد صراحة وكذلك
يضمن للمشتري الحقوق المدعى بها على العين
ولم يكن بينها البائع وقت البيع

مادة ١٦٢٧ منه - يجوز للمتعاقدين
باتفاق خاص أن يزيدا أو ينقصا من أحكام
هذا الضمان القانونى كما لهما ان يشترطا عدم
الضمان مطلقاً

مادة ١٦٢٨ منه - لا يزال البائع
ضامناً للمبيع ولو اشترط عدم الضمان المطلق
اذا كان الضمان ناشئاً عن فعل البائع بنفسه .
وكل اتفاق يخالف لذلك يكون باطلاً

مادة ١٦٢٩ منه - كذلك يكون البائع
ملزماً برد الثمن في حالة اشتراط عدم الضمان اذا
استحق المبيع ما لم يكن المشتري عالماً وقت
البيع بخاطر الاستحقاق أو اشترى المبيع ساقط
الحياز

مادة ١٦٣٠ منه - اذا اشترط الضمان
أو لم يشترط واستحق المبيع فللمشتري أن
يطلب من البائع :

١ - رد الثمن

٢ - رد غلة المبيع له اذا كان قد ألزم به
بدفعها للمالك المستحق

٣ - المصاريف التي صرفها المشتري في
دعوى الضمان والمصاريف التي صرفها مدعى
الاستحقاق

٤ - التضمينات ومصاريف ورسوم العقد
مادة ١٦٣١ منه - اذا نقصت قيمة
المبيع أو تلف تلفاً جسيماً عند الاستحقاق

سواء أكان ذلك بإهمال المشتري أو بمحادة قهرية فالبايع ملزم برد الثمن بأكمله
مادة ١٦٣٢ منه — ولكن إذا كان المشتري ناله فائدة من التلف الذى أجراه فللبائع الحق فى خصم جزء من الثمن يعادل تلك الفائدة

مادة ١٦٣٣ منه — إذا زادت قيمة المبيع عند الاستحقاق ولو لم تكن الزيادة بفعل المشتري وجب على البائع أن يدفع له القيمة الزائدة عن الثمن

مادة ١٦٣٤ منه — يجب على البائع أن يدفع للمشتري قيمة التصليحات والتحسينات الباقية التى يكون أجراها المشتري بالعين المبيعة أو يسعى فى إلزام المالك المتزعم للعين بدفعها
مادة ١٦٣٥ منه — إذا كان البائع قد باع ملك غيره بسوء قصد ألزم بدفع جميع المصاريف للمشتري ولو كانت منصرفه فى تزيين المبيع وزخرفته

مادة ١٦٣٦ منه — إذا لم ينزع غير جزء من المبيع ولكنه كان بدرجة تمنع المشتري من الشراء بغير الجزء المنزع بنسبة المبيع كله فالمشتري فسخ البيع

مادة ١٦٣٧ منه — إذا لم يفسخ البيع فى حالة انزعاج جزء منه فتدفع قيمة الجزء المنزع للمشتري بحسب قيمته عند الاستحقاق وليس بنسبة ثمن المبيع كله وذلك سواء كان المبيع قد زاد فى القيمة أو نقص

مادة ١٦٣٨ منه — إذا تبين أن المبيع عليه حقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يحصل الاعلام بها وكانت حاله يظن معها أن المشتري يمتنع عن الشراء لو كان علم بها فالمشتري أن يطلب فسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بتعويض

مادة ١٦٣٩ منه — جميع المسائل الأخرى المتعلقة بالتعويض المستحق للمشتري بسبب عدم الوفاء بالبيع يقضى فيها بموجب الأحكام المقررة فى كتاب (العقود والالتزامات الاتفاقية)

مادة ٣٠٧ أهلى — أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه فتحسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات

مادة ٣٨١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٨ أهلى — المصاريف الواجب على البائع دفعها فى حالة عدم ملازمة مدعى الاستحقاق بها هى المصاريف

المرتب عليها فائدة للمبيع

مادة ٣٨٢ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٩ أهلى — يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفه من المشتري فى تزيين المبيع وزخرفته

مادة ٣٨٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣١٠ أهلى — نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء

مادة ٣٨٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ١٦٤٠ منه — ضمان الاستحقاق
يسقط في حق المشتري اذا كان حكم عليه
حكماً نهائياً أو غير جائز استئنافه بغير أن يدخل
البائع في الدعوى وذلك اذا برهن البائع على
أنه كان لديه أدلة كافية لرد دعوى المدعى

مادة ٣١١ أهلى — ومع ذلك للمشتري
في هذه الحالة الحق في ابقاء المبيع أو
فسخه لكن ليس له أن يفسخه اضراً
بحقوق الدائنين برهن

مادة ٣٨٤ مختلط — مطابقة لها بعد
حذف « ومع ذلك » في أول المادة

مادة ٣١٢ أهلى — اذا أبقى المشتري
المبيع أو كان الجزء المنزعة ملكيته منه أو
حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجوز
فسخ العقد جاز للمشتري أن يطلب من
البائع قيمة ذلك الجزء الذى انتزعت
ملكته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع
في وقت النزاع أو تضمينات تقدرها
المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق
مادة ٣٨٦ مختلط — مطابقة لها

عموميات

١٣٧٠ — فرغنا من الكلام فيما تقدم على التعهد الأول للبائع وهو التسليم فننتقل
ليان الأحكام المترتبة على التعهد الثانى وهو ضمان المبيع احكام
ضمان المبيع
لما كان البيع ناقلاً للملك كان مجرد تسليم المبيع للمشتري تسليماً مادياً لا يكفى
لنفاذ حكم البيع بل يجب على البائع أن يضمن له حيازة المبيع حيازة هادئة ويدفع
عنه تعرض الغير في الحال والمستقبال فهو انما اشترى ليتمتع وينتفع بما ملك
فاذا لم يتيسر للبائع ضمان الحيازة الهادئة للمشتري . ووقايته من تعرض الغير .

ودره منازعة ذلك الغير له في الملكية ل يتمتع بمشربه التمتع التام . حق عليه التعويض من ذلك يرى أن درجات المساس بحيازة المبيع تختلف باختلاف الأحوال :

١ - فقد يستحق المبيع كله أو بعضه

٢ - أو يتعرض الغير للمشتري في التمتع به بدعوى أن له حقوقاً عينية على المبيع فمثل هذا الادعاء يكون منقصاً أو مقيداً للاقتناع كحقوق الارتفاق

٣ - أو يوجد بالمبيع عيوب خفية تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له

١٣٧١ - ولما كانت هذه الطوارئ قد تذهب بالحيازة للاستحقاق . أو تنقص التمتع بها كتعرض الغير . أو تعدم الفائدة المرجوة منها كالعيوب الخفية . أوجب القانون على البائع وقاية المشتري منها وجعل ضمانها على نوعين :

الأول - ضمان الاستحقاق والتعرض

الثاني - ضمان العيوب الخفية

الفرع الأول - ضمان التعرض والاستحقاق

١٣٧٢ - أول نوع من أنواع الضمان هو ضمان الحيازة الهادئة للمشتري حتى يتمتع بالمبيع تمتعاً خالياً من تعرض الغير وغير مهدد باستحقاقه كله أو بعضه . لذلك قرر القانون أن من باع شيئاً يكون ضامناً للمشتري الاقتناع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع أو له حق عيني بعد البيع ولكنه ناشئ من فعل البائع - مادة ٣٠٠ أهلى و ٣٧٤ مختلط

١٣٧٣ - ويلاحظ وجود فرق في النص بين القانون الأهلى (مادة ٣٠٠) والقانون المختلط (مادة ٣٧٤) ينحصر في أن القانون المختلط زاد عبارة « على أنه ملك له » بعد قوله من باع شيئاً كما زاد عبارة « أما اذا كان المبيع مما تنتقل ملكيته بالتسليم فالبائع ضامن لتسليمه »

وهي زيادات لا فائدة منها وأنصف القانون الأهلى في حذفها لأن الضمان لا يجب

ضمان
الحيازة الهادئة

الآ في البيع الصحيح النافذ . أما اذا باع البائع شيئاً على أنه « غير مملوك له » فانه يكون ملزماً بالاتزامات المترتبة على بيع ملك الغير لا بالتزام ضمان المبيع الذي يتعارض مع الاعتراف بأن المبيع ملك الغير أى ان الغير طلبه من كل ذى يد عليه « انظر بيع ملك الغير فيما تقدم فقرة ٥٠٩ وما بعدها ودو هلس بيع ج ٤ فقرة ٢١١ »

كذلك الأشياء المعينة بنوعها لا تضمن الا عند تسليمها لأن ملكيتها لا تنتقل للمشتري الا بالتسليم المذكور - انظر مادة ٢٦٨ أهلى

١٣٧٤ - والبيع يستلزم « بطبيعته » الحياة الهادئة . لهذا كان ضمان البائع للتعرض أو الاستحقاق ضماناً واجباً « بحكم القانون » . فلا يحتاج الحال لوجوبه على البائع وتمسك المشتري به الى شرط مخصوص فى العقد حيث حل القانون محل ارادة المتعاقدين « راجع مادة ٣٠٠ أهلى »

وجوبه
بحكم القانون

وقد حكم بأن الضمان واجب على البائع بمقتضى القانون ولو لم يحصل منه تدليس أو تقصير - مخطوط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٧١٢ مجموعة أولى

١٣٧٥ - غير ان هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ولا هو من جوهر البيع فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه واشتراط عدم الضمان وتلطيف أحكامه القانونية أو تشديدها ولذلك كان الضمان على نوعين :

التعديل فيه

١ - ضمان ناشئ عن القانون وغير مقترن بشرط مخصوص ويسمى ضماناً قانونياً (١)

٢ - وضمان ناشئ عن اتفاق المتعاقدين ويسمى ضماناً مشروطاً (٢) - انظر ١٦٢٧ فرنساوى

المبحث الأول - فى الضمان القانونى

١٣٧٦ - الغرض الأصلى من هذا الضمان هو ضمان الحياة الهادئة للمشتري بتمكينه من الانتفاع من العين المبيعة والتمتع بها تمتعاً تاماً ومنع انتزاعها من يده

فالبائع ضامن للمبيع عند استحقاقه كله أو بعضه

١٣٧٧ - والمراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء المبيع حقاً واجباً للغير وأنه غير مملوك للبائع^(١) مثاله باع زيد عقاراً لـ بـ فادعى عمرو أن العقار المبيع ملكه وأقام الدليل على ذلك فحكم له القاضي بالملكية . أو ادعى خالد أن له حق ارتفاق عليه كـ شرب أو مسيل فقضى له بذلك وهكذا

فكل حق يجب للغير على العين أو على منفعتها كلها أو بعضها هو استحقاق أما إذا ظهر أن العين المبيعة ناقصة عند التسليم عن مقدارها المبين لها في العقد كعجز في المساحة أو نقص في المحصول فذلك ليس باستحقاق

١٣٧٨ - وعلى ذلك يجب التفريق بين دعوى الضمان لاستحقاق بعض المبيع ودعوى عجز المبيع لنقص في مقداره فلكل من الدعويين أحكام خاصة

التفريق بين
دعوى الضمان
للاستحقاق
والمعجز

فدعوى الضمان تفيد أن الشيء المبيع هو كما ذكره البائع في عقد البيع وإنما يكون حق المشتري الذي ترتب على هذا البيع منازعاً فيه فقط من قبل الغير

أما دعوى العجز فتعلقة بوفاء ما تعهد به البائع ولكن حق المشتري على العين المبيعة غير متنازع فيه بل يظهر أن الشيء الذي سلم إليه غير مطابق للمقدار المبين في عقد البيع

ويترتب على هذا التفريق اختلاف الحكم المترتب على كل : فدعوى الضمان لا تسقط إلا بمرور المدة القانونية المعتادة أما دعوى العجز فتسقط بمرور سنة كاملة - « انظر ققرة ١٣٦٠ السابقة وحكم دسوق الجزئية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٠ المحاكم ١٢

(١) الاستحقاق هو طلب الحق واستحق فلان الأمر استوجبه ومنه خرج المبيع مستحقاً . « ابن عابدين ص ١٩٩ ج ٤ »

ويلاحظ أنه من الخطأ اعتبار الدرك والاستحقاق بمعنى واحد كما ذهب المرحوم فتحي باشا في كتابه ص ٢٤٢ و ٢٤٣ شرح مدني

فالدرك من أدرك الشيء إذا طلبه فليحقه . وقال في المصباح المنير ومنه ضمان الدرك ومعناه أن المشتري يطلب الثمن عند الاستحقاق فليحقه لأن عنده كفيلاً به . وضمن الدرك على الكفيل . فهو غير ضمان الاستحقاق الذي يكون على البائع

ص ٤١٧ و جلد ٦ مادة ٣٠٠ و ٩ يونيو سنة ٩٢ الحقوق ٧ ص ١٧٧ و جلد ١٥ مادة ٢٠٨

ولا يشترط أن يكون الجزء المنتزعة ملكيته زائداً على $\frac{1}{4}$ من القدر المبيع اذا طلب قيمته عملاً بنص المادة ٣١٢ أهلى فان النسبة المذكورة خاصة بحالة عجز المبيع « مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ س ٩ ص ٣١٦ فقرة ٤٧٣٠ مجموعة أولى »

١٣٧٩ - لما كان الاستحقاق معناه ظهور كون البائع غير مالك للمبيع فالمشتري حق طلب بطلان البيع طبقاً لأحكام المادة ٢٦٤ متى تبين له ذلك وقبل أن يشرع المالك الحقيقي في انتزاع العين من يده

ما يترتب على
الاستحقاق
في الدعاوى

وعلى ذلك ينشأ عن بيع ملك الغير دعويان للمشتري : ١ - دعوى البطلان ٢ - دعوى الضمان . ولكل منهما محل ومزية

١٣٨٠ - فدعوى البطلان يرفعها المشتري اذا علم بأن ما اشتراه غير مملوك للبائع وأراد المبادرة بالتخلص من عواقب ذلك فيعجل برفع دعوى بطلان البيع لعدم ملكية البائع له ويسترد الثمن مع التعويضات اذا كان لها وجه بحسب التفصيل المتقدم في موضعه « أنظر فقرة ٥٠٨ السابقة »

أما اذا كان يجهل ان المبيع مملوك لغير البائع . أو كان يتوقع الحصول على اجازة مالكة الحقيقي . أو يريد اكتساب ملكيته بالتقادم فيظل ملازماً جانب السكوت حتى اذا تعرض له متعرض أو قاضاه المالك الحقيقي أدخل البائع في الدعوى ضامناً وطلب إلزامه عند استحقاق المبيع برد ما يجب رده وبالتضمينات الواردة في مادة ٣١٤ وما بعدها — بودرى المطول فقرة ٣٤٩

١٣٨١ - وقد يستحق العقار ويحق للمشتري الرجوع بالضمان ولو أن المالك الحقيقي لم يرفع دعوى الاستحقاق كما اذا رفع المشتري دعوى على شخص حائز للمبيع فأثبت الحائز أن العين ملكه ورفضت دعوى المشتري . ففي هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع بالضمان لأن المبيع استحق فعلياً للغير

١٣٨٢ - واذا ادعى مدع استحقاق عين كان من الصواب وحسن التبصر

أن لا يسلمها المشتري له إلا إذا ثبت الاستحقاق بحكم القضاء أو برضاء البائع وليس للمشتري فسخ البيع بغير ذلك لأن للبائع أن يقيم اليئنة على أن المبيع ملكه كما يجب أن يقضى عليه أيضاً بالثمن فإن المشتري لا يجوز له الرجوع على البائع بالثمن إذا لم يكن البائع خصماً في الدعوى ولو حكم فيها بالاستحقاق . أما إذا رضى البائع بدفع الثمن سواء كان ذلك قبل التقاضى أو بعده انفسخ العقد

وهذا هو رأى الفقهاء فهم يقولون بأنه يثبت رجوع المشتري على بائعه بالثمن إذا كان الاستحقاق باليئنة لأنها حجة متعديّة تظهر في حق كافة الناس وسبب ذلك ان اليئنة تصير حجة بقضاء القاضى والقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة . أما إذا كان الاستحقاق باقرار المشتري فلا رجوع لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره — ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٢

١٣٨٣ — على انه يجوز للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن ولو سلم المبيع اذا كان حق مدعى الاستحقاق واضحاً وثابتاً ثبوتاً لا يتطرق اليه شك ولا ريب . مثال ذلك شخص باع عيناً مملوكة له بطريق الهبة فأبطلت الهبة . وهذه مسائل نادرة ومن الصواب حفظاً لحقوق المشتري المترتبة على الضمان أن لا يسلم العقار بغير رضاء البائع اذا استحقه مستحق — بودرى المطول فقرة ٣٥٠

١٣٨٤ — والاستحقاق حكماً كالاستحقاق فعلاً فقد يحصل استحقاق المبيع مع بقائه تحت يد المشتري بغير أن ينزع منه مادياً وهذا هو الاستحقاق حكماً . وفي هذه الحالة تتغير صفة امساك المشتري للمبيع فلا يعتبر واضحاً يده عليه بمقتضى البيع بل بسبب آخر كما يظهر لك في الأحوال الآتية :

١ — اشترى شخص عقاراً فظهر انه ملك مورثه بناء على مستندات عثر عليها . ففي هذه الحالة يعتبر قانوناً ان العقار استحق له لأن البائع باع ما لا يملك وتوؤل الملكية له بصفته وارثاً لا مشترياً

٢ — اذا اضطر المشتري لصرف مصاريف لا تجب عليه بمقتضى عقد البيع

كدفع ديون الدائنين المرتهنين من البائع قبل البيع منعاً لنزع ملكية العقار التي شرعوا فيها ففي هذه الحالة يعتبر حائزاً للعقار بصفة أخرى

كذلك اذا رسا على المشتري مزاد العقار المبيع اليه بعقد بناء على التقرير من الدائنين بالزيادة على الثمن المعروض من المشتري المذكور وعلى ذلك يجوز له أن يرجع على البائع بفرق الثمن الزائد عن الثمن المبين في عقد البيع - انظر مادة ٥٧٥ أهلى وما بعدها ولو رسا عليه مزاد عقار اشتراه ثم نزع ملكيته دائن مرتهن من البائع ونشأ عن ذلك زيادة الحقوق والتكاليف التي على العقار فالبايع ضامن لها لأن وضع يد المشتري في هذه الحالة يكون بناء على حكم مرسى المزاد لا بناء على عقد البيع - « انظر بودرى المطول فقرة ٣٤٩ ومادة ٢١٩١ فرنساوى »

١٣٨٥ - ومما ينبغي ملاحظته أيضاً أن نزع الجزء كنزع الكل وان ثبت حق الارتفاق الموجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به من البائع للمشتري أو لم يكن ظاهراً وقت البيع كنزع الملكية بتمامها هذا اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء - مادة ٣١٠ أهلى

١٣٨٦ - والضمان القانونى يتناول ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وقد صرح ضمان التعرض القانون المصرى بضمان التعرض فأوجب في مادة ٣٠٠ على البائع أن يضمن للمشتري الاتفاع بلا معارضة شخص آخر فيما القانون الفرنساوى سكت فاستتج الشراح ذلك من عبارة المادة ١٦٢٥ القاضية بضمان الحيازة الهادئة وقالوا ان المعارضة في الحيازة تمنع الهدو وتجلب الاضطراب

١٣٨٧ - والمقصود ضمانه هنا هو التعرض المبنى على وجه قانونى لا التعرض مبناه الفعلى (التعدى) . فاذا ادعى شخص أن له حق ارتفاق على المبيع فذلك تعرض مبنى على وجه قانونى ويجب على البائع ضمانه . أما اذا اعتدى أجنبى على زرع المشتري قهبه . أو اغتصب العقار . أو هدم حدوده . وغير ذلك من أفعال الاعتداء فهو تعرض فعلى لا يسأل عنه البائع وعلى المشتري أن يدرأه عن نفسه بناء على شرائه العين

المعتدى عليها فان عقد البيع يتقل له ملكها ويبيح له التمتع بها والدفاع عن حقوقه التي له كلها . وله أن يسترد المبيع برفع دعوى الاستحقاق أو دعوى إعادة وضع اليد -
« دوهلس فقرة ٢٤٦ بيع ج ٤ »

ووجه التفرقة بين الأمرين أن البائع يضمن كل ما ينشأ عن حق التملك لأنه واجب بمقتضى العقد . فإذا كان التعرض لأمر خارج عن حق التملك فلا مسؤولية عليه ١٣٨٨ - وعلى هذا حكم بأنه في حالة بيع العقار يكون كل تعرض أو عمل مادي وغير مبنى على حق قانوني صادر من البائع يوجب على المشتري أن يمتنع بنفسه ولا يبيع له أن يرفع دعوى الضمان على البائع اذا كان استلته استلاماً صحيحاً -
« مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ فقرة ٢٧٢٢ مجموعة أولى »

١٣٨٩ - وحكم بأنه اذا ذكر في عقد بيع ان المشتري وضع يده على المبيع فله أن يدافع عن حيازته وملكيته له ضد كل مقتصب . وعدم وجود الحجة معه لا يسلبه حق مقاضاة المعتدين على ملكه إنما له أن يدخل في البائع الدعوى اذا ادعى المعتدى الملك - مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ ص ٤٧٢٠ مجموعة أولى

١٣٩٠ - ومجرد الخوف من نزع ملكية المبيع من المشتري لا يعد استحقاقاً أو تعرضاً مجيزاً للمشتري أن يرفع دعوى الضمان لأن الاستحقاق لم يثبت والتعرض لم يحصل وغاية الأمر أن علم المشتري بخطر الاستحقاق يميز له فقط حبس الثمن الى أن يزول الخطر عملاً بنص المادة ٣٣١ مدني

وفي الواقع ليس له أن يطالب من البائع ضمان المبيع في وقت لم يتعرض له فيه أحد . وما دام العقار لم يستحق فليس له أن يطالب بالثمن والتعويضات التي أجازها له القانون في هذه الحالة

وعلى ذلك يكون مجرد وجود رهان مسجلة على العقار لا يميز الرجوع بالضمان وان أجازت حبس الثمن وذلك لاحتمال ان الدائنين لا يستعملون حقهم في نزع ملكية العين المرهونة والبائع لا يمكنهم من ذلك باداء الدين لهم . أما اذا شرع الدائن

المسجل في رفع دعواه على المشتري أو انذره بدفع الدين أو اخلاء العين كان له الرجوع بالضمان لأن الانذار من الاجراءات الأولية لنزع ملكية العقار المرهون .

١٣٩١ - على أن حق حبس الثمن يسقط اذا كان البائع معفى من رد الثمن عند الاستحقاق لأنه لا موجب له قانوناً - مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ نمرة ٤٤٦٦ مجموعة ثانية

١٣٩٢ - وليس للمشتري أن يتمتع من استلام المبيع بحجة طلب تصديق من باقى الشركاء لعين اشتراها مستقلة وأن يطلب فسخ البيع بل كل ما له هو حبس الثمن تحت يده حتى يزول خطر الاستحقاق - مخطط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٨ فقرة ٤٤٦٨ مجموعة ثانية

١٣٩٣ - وفي هذه الحالة لا يجوز مقاضاة المشتري بطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن متى كان مهتداً باستحقاق المبيع بأن كان عليه رهون فحجز الدائنون المرتهنون تحت يده على الثمن أو تحت يد غيره - مخطط ١٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ فقرة ٤٤٦٥ مجموعة ثانية

١٣٩٤ - ولا يجوز رفع دعوى الضمان اذا كان المبيع في حيازة أجنبي لأن حيازة الأجنبي للمشتري في هذه الحالة أن يطلب التسليم تنفيذاً لتعهد البائع بالتسليم وليس له المطالبة بالضمان لأن منشأ الضمان إما التعرض للحيازة وهي لم تحصل أو الاستحقاق ولم ينازعه أحد في حقه

وحيث كان للمشتري أن يطلب التسليم من البائع فله أن يطلبه من وازع اليد على المبيع متى كان شيئاً معيناً لأنه أصبح مالكاً له بالبيع . فاذا لم ينجح في دعواه لثبوت الملكية لواضع اليد كان ذلك استحقاقاً للمبيع وجاز للمشتري أن يطالب البائع بالضمان اذا لم يكن قصر في ادخاله في الدعوى ليبرهن على حقه

١٣٩٥ - والبائع لا يضمن غير الحقوق الناشئة عن عقد البيع . فاذا حرم المشتري حرمانه من منفعة غير مشروطة من منفعة لم تكن مشروطة في العقد صراحة أو دلالة فلا يضمنها البائع حتى ولو كان اشتري بمراعاتها . مثال ذلك أشجار مغروسة على حافة أرض ظنها البائع تابعة

للعقار فأثبت الجار أنها ملكه - بودرى المطول فقرة ٣٥١ ص ٣٥١

١٣٩٦ - والاستحقاق أو التعرض لا يستوجبان الضمان إلا إذا توفرت الثلاثة

شروط الآتية :

١ - أن يكون سبب انتزاع المبيع حقاً عينياً

٢ - وأن يكون حادثاً قبل أو وقت البيع . فإذا حدث بعده لزم أن يكون سببه

فعل البائع

٣ - وأن يجهل المشتري العيب والبائع لم يعلمه به

١٣٩٧ - يجب أن يكون سبب الانتزاع حقاً عينياً أى حقاً قابلاً للاحتجاج به الشرط الأول

على الكافة كحق الملكية أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الحكر أو الرهن

فإذا كان الحق شخصياً كحق الايجار فلا محل للضمان كما يستفاد من نص القانون

الذى قيد الضمان « بالحق العيني » فى مادة ٣٠٠

وهنا نلاحظ أن حق الايجار يحتج به على المشتري اذا كان ثابت التاريخ قبل

البيع أو كان لمدة تزيد عن تسع سنين ومسجله المستأجر (مادة ٣٨٩ و ٦١٣ املى) .

وبذلك يجوز له الانتفاع بالبيع ومنع المشتري من وضع يده عليه حتى تنتهى اجارته

بالرغم منه فقد يتفق أن المستأجر أثبت تاريخ اجارته والبائع لم يعلم بها المشتري تدليلاً

منه فيتضرر المشتري من ذلك لأنه يُحرم الانتفاع من ملكه مدة من الزمن بسبب

اجارة مفترض قانوناً أنه يعلم بها مع أن ثبوت التاريخ ليس من اليسور معرفته لأنه

ليس علنياً كالتسجيل

على أن الايجار لو لم يكن ثابت التاريخ فليس للمشتري أن يخرج المستأجر إلا

بعد التنبيه عليه بالخروج واعطائه التضمينات اللازمة أو اعطائه كفيلاً كفوءاً بها -

« أنظر مادة ٣٩٠ املى »

ولهذا جرى القضاء فى فرنسا على أن للمشتري حق رفع دعوى الضمان ارتكباناً

على أن نص المادة ١٦٢٨ فرنساوى يميز الضمان فى حالة وجود تكاليف أو « حقوق »

على العقار لم يحصل اعلام المشتري بها ولم تقيد المادة الحقوق بأنها « عينية »
ونرى أن حق الايجار من جهة حق شخصي والبيع في الحقيقة سلم كاملاً والمشتري
الاتفاع بثمرته وأخذ أجرته لنفسه كاملة . أما في حالة التعرض بناءً على حق عيني
كحق ارتفاق قاضٍ بعدم اقامة بناء أو غراس أو بانشاء طريق في المبيع فالملكية في
ذاتها أو الاتفاع والتمتع بها ينقصان نقصاناً حقيقياً وليس الحال كذلك في الاجارة -
« أنظر دوهلس فقرة ٢١٧ عن الرأي المخالف »

الشرط الثاني

١٣٩٨ - يجب أن يكون سبب الاستحقاق أو التعرض حادثاً قبل أو وقت
البيع حتى يجب الضمان كأن يدعى المستحق أنه اكتسب ملكية العقار بالتقادم قبل
البيع . أو أنه آل اليه بالميراث فاسترده . أو أن بائعاً سابقاً طلب فسخ البيع وحكم له
به . أو أن دائناً مرتبناً للمبيع قبل بيعه شرع في نزع ملكيته أو أن له حق ارتفاق أو
اتفاع وهكذا

الشرط الثالث

١٣٩٩ - وهذه الحقوق والواجبات وإن كانت مسجلة والمفترض أن المشتري
يعلم بها قانوناً ولكن تسجيلها لا يسقط دعوى الضمان والواجب على البائع أن يعلم
المشتري بها فقد يغتر المشتري اذا سكت البائع عن بيان الرهن أو حق الارتفاق
الذي على العين فيظن أنها غير مرهونة أو لا ارتفاق عليها فيشتري ثم تنزع منه بعد
ذلك أو يضار في الارتفاق . لهذا أجيّز له الرجوع على البائع بالضمان لكتمه الحقيقة
١٤٠٠ - أما التعرض والاستحقاق اللذان يكون سببهما ناشئاً بعد البيع فينظر :
١ - ان كان السبب ناشئاً من فعل المشتري كان عليه تبعة عمله مثال ذلك
تركه المبيع حتى اكتسبه شخص بمرور الزمن

٢ - وان كان السبب قوة قاهرة كانت تبعة ذلك على المشتري « من وقت
الاستلام فقط » . فاذا أغار الماء على ارض فجرف جانباً منها . أو جفّ بئر ساقية لأن
الجار أحدث وابوراً ارتوازياً بجانبه . أو نزعت ملكية المبيع كله أو بعضه للمنفعة العامة .
أو أنشئ خط تنظيم ترتب عليه هدم جزء من المبيع أو اعاقه عمارته أو تصليحه بغير مراعاة

القيود القانونية وهكذا . فمثل هذه المسائل الحادثة بعد البيع لا تستوجب ضمان البائع وعلى البائع أن يدفعها بنفسه

٣ - وان كان سبب التعرض أو الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ففي هذه الحالة يجب عليه الضمان فان تعهده بالضمان يحرم عليه أن يحدث بنفسه اى منازعة للمشتري فاذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية فسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل الأول كان البائع ضامناً عند استحقاق العقار . كذلك اذا رهن البائع المبيع رهناً عقارياً بعد البيع وقبل تسجيله كان ضامناً للمبيع اذا انتزع من يد المشتري . وقد نص القانون على ذلك صراحة فى المادة ٣٠٠ اهل

١٤٠١ - كذلك يكون البائع ضامناً حتى لو كان النزاع او التعرض حاصلين بأمر الحاكم ولكن كان هو المحرض عليهما مثال ذلك ما اذا باع شخص معملاً ثم طلب من الجهة المختصة تقسيم المياه التى تدار بها آلات المعمل فترتب على ذلك اقصا قوة الآلة المحركة له فالبايع ضامن لهذا العمل الذى تسبب فى احداثه كذلك اذا باع شخص عقاراً بغير ينابيع الماء والحمامات الموجودة به ولكن البائع كان يستفيد منها . فاذا قلها البائع بعد الى مكان آخر وترتب على هذا العمل هبوط قيمة العقار فالمشتري طلب الضمان لأن ذلك اقصا للمبيع ويعتبر كانه نزاع للملكية جزء منه - انظر بودرى المطول فقرة ٣٥٢

١٤٠٢ - يستخلص مما تقدم ان البائع يكون ضامناً للمبيع : ١ - اذا تسبب الاستحقاق أو التعرض عن فعله وذلك فى اى وقت حدث السبب أى وقت البيع أو بعده ٢ - أو كان سبب الاستحقاق فعل اجنبى حادث قبل البيع ولم يحصل اعلام المشتري به

ويسقط عن البائع الضمان :

١ - اذا كان سبب الاستحقاق حادثة قهرية كانهدام المبيع او فعل الحاكم

كتغيير القانون

٢ - أو كان سببه اعتداء الغير بأفعال القوة ولم يكن منشأ الاعتداء حقاً عينياً

٣ - أو شرط عدم الضمان بحسب الأحوال التي منفصلها بعد

١٤٠٣ - إذا تملك شخص عيناً بمضى الزمن وكان بدء وضع يده حاصلًا قبل البيع ثم أتمّ المدة المكتسبة للملك بعد بيعها كان البائع غير ضامن للمبيع لأن سبب الاستحقاق تال للبيع لا سابق عليه ولأن تملك الغير بمرور الزمن ليس سببه فعل البائع بل فعل شخص آخر استمر في طريق كسب الملكية بالتقادم فسيبها وضع يد الغير ويتعلق بالمشتري الذي يجب أن لا يجهل امراً جارياً كهذا أن يقطع سريان المدة (دوهلس فقرة ٢٢٢) فقد أصبح مالكا بمجرد العقد وكان له أن يحافظ على حقه بقطع سريان المدة الطويلة فإذا لم يقطعها فتملكها واضع اليد واستحقها عليه كان الاستحقاق نتيجة تقصيره ولا يمكن أن ينسب للبائع تقصير لأن الحائز للعقار لم يكن له وقت البيع غير مجرد الأمل في التملك ولم يصر هذا الأمل حقاً إلا بمضى المدة التي اهضت بعد البيع والاستحقاق بالتقادم لا يكون إلا بعد انقضاء المدة المكتسبة للملك - بودري المطول فقرة ٣٥٤

أما إذا كانت المدة المكتسبة للملك بالتقادم على وشك الانقضاء عند البيع ولا يسمح الزمن بين اكتساب الملكية وبين الشراء للمشتري بقطعها كان البائع ضامناً لأنه كان الواجب عليه أن يقطعها هو دفعاً للضرر المحقق بالمشتري - راجع ماركديه مادة ١٦٢٦ واويرى ورو جزء ٤ فقرة ٣٥٥

١٤٠٤ - هل يجوز الضمان في حالة نزع ملكية العقار جبراً على مالكه ؟
يستفاد من أحكام القانون أن نزع الملكية قهراً لم يخرج عن كونه بيعاً وقد اطلق القانون عليه اسم البيع في مواد كثيرة (انظر باب الرهن العقاري) ومتى كان بيعاً فإنه يستلزم الضمان كالبيع اختياراً غير أن الصعوبة هي في تعيين البائع ليكون مسؤولاً عن الضمان أهو المدين المتزوع ملكيته أم طالب البيع أم الدائنون الذين دفع لهم الثمن

اختلفت الآراء - قضت المحكمة المختلطة بأن حكم مادتي ٣٧٨ و ٣٧٩ مختلف (٣٠٤ و ٣٠٥ اهلى) لا يسرى على البيوع الحاصلة بناءً على حجز وانما يسرى على البيوع الاختيارية الناشئة عن اتفاق وبانه لا يمكن اعتبار المحجوز عليه ولا الدائن الحاجز بائعين فالأول يؤخذ ملكه قهراً عنه والثاني انما يطلب من القضاء تنفيذ التعاقد الذى كان بينهما

وسبب الضرر المقصود تعويضه بطريق دعوى الضمان ليس هو الايهام بالملك أو قول انسان بأنه مالك وهو ليس كذلك وانما هو أن يبيع الانسان لغيره ما لا يملكه والتزام الضمان المشار اليه فى المادتين السابقتين يفيد ضرورة وجود بيع سابق والبيع الذى حصل هنا لم يقع من المحجوز عليه لأنه حصل بغير اشتراكه فيه بل الحقيقة ان القضاء هو الذى باع

وللرأى عليه المزداد ان يرجع على الدائنين بطريق دعوى رد الثمن الذى أفاد المدين واقص دينه - مخطوط ٣ مايو سنة ١٨٨٨ سنة ٨ صحيفة ٩٩ بورلى ماد ٣٧٨ وهذا رأى مردود لأن طالب البائع ليس بمالك للعقار المبيع جبراً وليس كذلك قاضى البيوع الذى باشر البيع . أما كون طالب البيع ليس بمالك للعقار المبيع فهذا مما لا شك فيه وقد نص القانون فى مواد كثيرة على ما يؤيده فقد أشار فى مادة ٥٧٤ مرافعات الى انه قد يكون مشترياً وذلك مخرج له من ان يكون بائعاً لأن هاتين الصفتين لا تجتمعان . واذا شوهدتا فى شخص فيكون له صفتان احدهما بطريق النيابة كالولى على ابنه أو الدائن عن مدينه وأشار كذلك فى مادة ٥٧٨ منه الى ان حكم البيع يكون حجة للمشتري بملكية المبيع (وقد يكون طالب البيع كما تقدم) وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن أى ان المدين هو البائع لأنه يأخذ الثمن

فالشخص الوحيد الذى يمكن اعتباره بائعاً هو المدين^(١) وهو الذى يجب عليه

(١) وليس أصرح فى ذلك من مادة ٥٩٧ مرافعات التى نصت على أن إيقاع البيع للرأى عليه المزداد لا تترتب عليه حقوق له سوى ما كان للمدين المبيع ملكه من الحقوق فى العقار المبيع (٦٠)

الضمان . ولا يعترض بأن البيع لم يكن برضائه فوقوع البيع جبراً عليه ليس بمنع من اعتباره بائعاً تم بيعه بحكم القضاء الذى يعتبر متمماً للرضاء وقائماً مقامه وان الدائن الذى حرك البيع هو وكيله فيه . وقد حاز صفة النيابة هذه بمقتضى أحكام القانون الذى أباح له بيع مال مدينه وبين الطرق والأوضاع الواجب اتباعها عند عدم الوفاء كما حازها بناء على رضاء ضمنى من المدين . فلو المدين عند ما شرع يقترض الدين من طالب البيع رضى مقدماً بجميع النتائج المترتبة على ذلك ومنها بيع أمواله فهي الضمان لوفاء ديونه فاذا أقدم البائع على بيعها فائماً يبيعها بناء على هذه الوكالة الضمنية من المدين . ومتى بيع مال المدين بوكيل عنه فكأنه باعه بنفسه فترجع حقوق العقد وواجباته اليه ويجب عليه الضمان طبقاً للأحكام العامة

فاذا تبين بعد أن الشيء غير مملوك للمدين فهو مخطئ ومقصر لتركه الناس تعتقد ملكيته لعين يديرها كمالك وتنزع ملكيتها منه وهو ساكت .

ولذلك اذا أخبر الحاجز بحقيقة الحال سقطت مسؤوليته وكانت تبعة التصرف على الحاجز . فاذا كان رأى عند الاطلاع على تنبيه نزع الملكية وجود أعيان ليست ملكاً له وجب عليه أن يطالب باستبعادها . فاذا سكت فكأنه رضى باتمام الاجراءات طبقاً لشروط البيع ويكون مقصراً ومخطئاً لتركه الدائن ينزع العين ظناً بأنها ملك مدينه -

« انظر بودرى فقرة ٣٥٥ ودوولس فقرة ٢٢٦ بيع ج ٤ »

ومن باب أولى لو عمل أعمالاً من شأنها تأييد نازع الملك فى اعتقاده كما اذا طلب لصق اعلانات أكثر مما نص عليه القانون أو الزيادة فى لصق ملخصاتها أو طلب حصول المزايدة فى نفس المحل الكائن به العقار وفقاً لنص المادة ٥٦٦ مرافعات

أما اذا أبان الخطأ وعارض فى نزع الملكية بأن نبه الحاجز أو قرر فى الجلسة أمام القاضى بأنه غير مالك لكل أو بعض العقار المتزوع ملكيته أو أن على ذلك العقار حقوق ارتفاق ظاهرة فاستمر مع ذلك طالب البيع فى اجراءاته سقط الضمان عنه وكان

المشتري أن يدعى طالب البيع مباشرة بالضمان إذا حصل له تعرض أو نزعت منه ملكية العقار الذي اشتراه

١٤٠٥ - لهذا عدلت المحاكم عن الرأي الأول وقضت بأن طالب البيع لا يعد مسؤولاً عن الضمان المقصود في المادة ٣٠٠ أهلى من القانون المدنى لأنه بطلبه البيع لا يطلب من المحكمة إلا تنفيذ تعهدات المحجوز عليه قبله ولكن بدون شك يكون مسؤولاً عن غلطاته الشخصية وهنا تنتهى مسؤوليته . ولا يمكن اعتباره بائعاً لعين لم تقع أبداً تحت تصرفه ومن الجائز أن لا يؤول ثمنها إليه لأنها إذا اعتبرناه بائعاً فكون قد حملناه مسؤولية صفة لا ينتفع بفوائدها

والمدى المحجوز عليه ملزم بالضمان لأنه البائع الحقيقى ولا يهم إذا كان البيع حصل اختيارياً أو بالتنفيذ الجبرى إذ أن القانون المدنى وقانون المرافعات لا يعفيان المحجوز عليه من هذا الضمان . وسكوت القانون فى هذه الحالة يكفى لأن يثبت بأن الشارع أراد مسؤولية هذا البائع بجميع ما هو مسئول عنه البائع الاعتيادى لأنه فى الحقيقة هو الذى ينتفع بالثمن الذى منه تدفع ديونه ومابقى بعد ذلك يرد إليه وما دام أنه انتفع بمزايا البيع وجب عليه أن يتحمل مسؤولياته - الاستئناف المختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٨ بورلى مادة ٣٧٨ م وجلاد مادة ٣٠٤ أهلى

١٤٠٦ - وحكم بأنه إذا بيعت أطيان على أنها ملك للمدين بناء على طلب دائته ثم نزعها مالكا الحقيقى من يد من رسا عليه مزادها فيكون المدين لا الدائن مسؤولاً قبل المشتري عن الضمان طبقاً للمادة (٣٠٤) مدنى لأن البائع فى الحقيقة هو الأول لا الثانى وإنما يكون الدائن مسؤولاً قبل المشتري عن التضمينات إذا وقع منه خطأ تسبب عنه نزع العين من تحت يد المشتري - (دشنا الجزئية ٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ نمرة ١٠٠ ص ٢٦٧ مجموعة سنة ١١) أنظر حكم اسكندرية المختلطة فى ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ سنة ١٦ ص ١٢٣ و ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ سنة ٨ ص ٣٤٥ وجرانمولان ص ٣٦

١٤٠٧ - وبأنه لا يمكن لمالك المنقول الذى حجز عليه وبيع بالمزاد العلنى أن يسترده من الراسى عليه المزاد سليم النية الذى يقوم البيع القضائى بالنسبة له مقام السبب

الصحيح بل له فقط الرجوع على المدين الذى زاد ماله بتمن الشيء المبيع فاذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له الا أن يشاركهم فى التوزيع لأنه ليس له امتياز عنهم أما اذا كان الثمن قد وزع بين الدائنين أو دفع الى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم الا اذا كان الدائن الحاجز سيئ النية ففي هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة أن يطالبه بالثمن بل وتعويضات

شرط
عدم الضمان
فى قائمة المزار

١٤٠٨ - اذا اشتملت قائمة شروط بيع بالمزار على شرط عدم الضمان فلا يكون طالب البيع مسؤولاً عن الضمان اذا جرينا على قول من يجعله مسؤولاً فى البيع الجبرى فالعلم بخطر الاستحقاق واشتراط عدم الضمان من البائع أو طالب البيع الجبرى يجعل للبيع صفة احتمالية (غرر) تخرج مطالبة المذكورين بكل تعويض والضرر الذى يلحق المشتري يكون ناشئاً من فعله لأنه زايد فى حقوق احتمالية ولم يكن منشأ خطأ نازع الملك الذى باشر الاجراءات بسلامة نية ضد المالك الظاهر وعلى ذلك يجب أن يتحمل المشتري نتيجة الاستحقاق خصوصاً اذا كان البيع رسا مزاده بتمن بنحس - مخطوط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٧٢٨ مجموعة أولى

١٤٠٩ - اذا بيع العقار بالمزار لعدم امكان قسمته بغير ضرر فكل شريك بائع عادى يجب عليه ضمان حصته سواء كان هو الطالب للقسمة أو لا فان الشركاء يعتبرون جميعاً بائعين اذا كان الراسى عليه المزار ليس منهم ويعتبرون مقتسمين اذا كان الراسى عليه المزار أحدهم ويستوى فى ذلك البيع بالمحكمة أو خارجها

ضمان الحاجز

١٤١٠ - قلنا ان الحاجز ليس يائع ولا يجب عليه الضمان ولكن اذا تسبب بفعله فى احداث ضرر للرأسى عليه المزار لزمه تعويضه بناء على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٥١ وما بعدها مدنى لا بناء على أحكام ضمان البيع . فاذا أدخل فى الأموال المنزوع ملكيتها أموالاً ليست ملك المدين . أو أصر على نزع ملكيتها بالرغم من تصريح المدين بأنها ليست ملكه وهكذا يجب عليه التعويضات للرأسى عليه المزار اذا استحق عليه العقار بناء على ذلك

وعلى هذا ينبغي أن يثبت حصول الخطأ . أو أحداث الضرر من طالب البيع حتى يكون مسئولاً عن الضمان . أما إذا كان معذوراً فيسقط عنه التعويض . فإذا نزع ملكية عقار يظنه ملكاً لمدينه بناء على تكليفه باسمه فإذا هو مشاع بينه وبين اخوته المقيمين معه في معيشة واحدة وغير معين افراد كل منهم بحصته فلا يلزمه التعويض -

« بودرى المطول قرة ٣٥٦ »

حقوق الراسى
عليه المزاد

١٤١١ - يؤخذ مما تقدم أن الراسى عليه المزاد أن يرجع بالضمان على المدين ويرجع بالتعويض على الدائن الطالب للبيع فى بعض الأحوال . وله فوق ذلك الحق فى أن يطلب من الدائنين رد الثمن اذا كان دفع اليهم بناء على أنهم أخذوا شيئاً بغير استحقاق (مادة ١٤٥) . وهذا الحق ليس للرأسى عليه المزاد وحده بل هو جائز أيضاً لكل مشتر استحق عليه العقار بعد أن دفع ثمنه لدائنى البائع وقد تكلم الشراح عليها فى موضعين . فإن نزع الملكية إما أن يكون مبنياً على استحقاق العقار لمالكه الحقيقى . وإما أن يكون البائع كان مشترياً لعقار لم يدفع ثمنه فتحصل البائع له على فسخ البيع الصادر منه ثم ترتب على ذلك فسخ بيع المشتري الأخير

الحالة الاولى

١٤١٢ - اذا اشترى شخص عقاراً من غير مالك أو دسا عليه مزاد عقار لغير مالك واستحق العقار للمشتري أو الراسى عليه المزاد أن يسترد الثمن من الدائنين بناء على أنه دفع ما لا يستحق عليه اذا كان دفعه اليهم مبنياً على حوالة بالدين أو على توزيع الدين على الدائنين قضائياً أو بناء على استبدال الدين بغيره بطريق إنابة المدين من البائع . ففى هذه الأحوال يكون المشتري أو الراسى عليه المزاد دفع الدين باسمه شخصياً باعتقاد أنه مدين بالمبلغ المحول به أو المستبدل أو الموزع مع أن الثمن الذى ظن أنه واجب عليه دفعه لم يجب عليه إلا بصفة كونه مالكا للعقار المبيع وقد ظهر أنه لا يملكه وان هذه الصفة زالت عنه لبطلان البيع وعلى ذلك يعتبر أن الدين لم يكن مستحقاً عليه وأنه أداه للدائنين غلطاً فله استرداده بناء على نص

المادة ١٤٥ أهلى - أنظر بودرى صحيفة ٣٥٩

ولا يعترض بأن الدائنين أخذوا ما هو مستحق لهم لأن الذى دفع المبلغ ليس مدينهم بل شخص آخر دفعه ليلاً من ثمن ظن خطأ أنه مستحق دفعه من جانبه أما اذا كان المشتري أو الراسى عليه المزاد دفع الدين للدائنين باختياره أداء لدين البائع أو المحجوز عليه فيعتبر أنه أوفى باختياره دين شخص آخر لا أنه دفع ديناً مستحقاً عليه غلطاً وعلى ذلك لا يكون الرد مستحقاً

ولكن يجب التدقيق لمعرفة ما اذا كان قد أدى الدين لإبراء البائع أو أنه قصد به ابراء نفسه ليسلم له المبيع . فاذا ثبت من قرائن الأحوال أنه أراد بالدفع أن يسلم له المبيع فيعتبر أنه يدفع ثمن مبيع يظن أنه مستحق عليه . فاذا استحق العقار فيعتبر ان الثمن لم يكن واجباً عليه ويكون دفعه جاء غلطاً وبلا سبب وله رده

ولا يجب خلط هذه المسألة بمسألة المشتري الذى سدد دين أحد الدائنين معتقداً أولويته على باقيهم قاصداً بذلك أن يحل محلهم فى دينه ثم اضطر لدفع دائن ذى أولوية على من سدد له الدين أولاً تلافياً لنزع ملكية العقار فى هذه الحالة لا يعتبر المشتري أنه نزع ملكيته بل الثمن الذى دفعه كان مستحقاً عليه

الحالة الثانية ١٤١٣ - اذا دفع المشتري ثمن المبيع لدائن البائع ثم فسخ البيع بناء على طلب من باع لبائعه فهل للمشتري المذكور الحق فى استرداد الثمن من الدائن . قال بعض الشراح^(١) بأنه لا يجوز الاسترداد لأن الدفع مبنى على سبب قانونى فالبيع كان صحيحاً والمشتري كان مدينًا بثمنه والدائن المرتهن استلم ما هو مستحق له فاذا نزع المبيع من تحت يد المشتري لفسخ البيع فسبب ذلك عدم ترويه وتبصره بعدم تسديده المستحق للبائع الاول قبل سداد دين ذلك الدائن المرتهن الذى دفع له الثمن .

وقال مسيو بودرى بأن هذا رأى غير قاطع فالمشتري يعتبر أنه لم يملك الذى انتزع منه لفسخ البيع وبناء على ذلك لا يستحق عليه الثمن ومع ذلك يقول بأنه يمكن

(١) راجع كتاب أوبرى ورو جزء ٤ بند ٤٤٢ ص ٧٣٤

تبرير الحل الأول بأن المشتري ارتكب تقصيراً جسيماً بدفعه الثمن لأشخاص غير البائع الأول لأنه كان يجب عليه التحقق من قلم التسجيلات عما اذا كان هناك بائع أولاً اذ البائع ممتاز بتمن المبيع من تاريخ تسجيل بيعه - أنظر مادة ٦٠١ أهلي ومن المعلوم أن المشتري ليس له استرداد الثمن الذي دفعه للدائنين إلا في حالة ما اذا كان سند دينهم لم ينعقد فاذا أعدموه بعد الدفع لا يكون الرد مستحقاً عملاً بنص المادة ١٤٨ أهلي - بودري قرة ٣٥٨

١٤١٤ - وحق الضمان ينتقل لورثة المتعاقدين ولن ينوب عنها كالدائنين فورثة المشتري لهم حق طلب الضمان وورثة البائع عليهم أدائه
١٤١٥ - والنائبون عن المشتري لهم الضمان سواء كانوا ورثة أو غير ورثة كمشترين أو متقايضين والضمان واجب لهم من البائع مباشرة بمعنى أن المشتري الثاني أن يرفع دعوى الضمان مباشرة على البائع الأول بدون ادخال بائعه في الدعوى فاذا باع زيد منزلاً لعمرو فباعه عمرو لخالد فالضمان واجب على زيد لعمرو وخالد . وخالد عند الاستحقاق أن يرجع بالضمان مباشرة على زيد باعتبار أن حقه في الضمان حق خاص به وذلك بدون حاجة لرفع هذه الدعوى طبقاً لأحكام المادة ١٤١ أهلي حتى يتقى بذلك اشتراك دائني بائعه معه

والسبب في امتلاكه هذا الحق ان البائع الثاني يبيعه ما اشتراه نقل للمشتري الأخير العين بما لها من الحقوق والدعاوى التي كانت له هو باعتبارها ملحقات للمبيع ومنها دعوى الضمان فكأن البائع الثاني تنازل ضمناً عن دعوى الضمان التي له من البائع الأول على المشتري منه وهذا المشتري يرفعها اذاً باعتبارها حقاً خاصاً له

١٤١٦ - وهذا الحكم يتناول كل من انتقل اليه الملك من المشتري سواء كان الانتقال بعوض أو بغير عوض . فلموهوب له أن يرجع بالضمان عند الاستحقاق على البائع لبائعه ولو انه ليس له حق الرجوع على بائعه مباشرة لأنه واهب ولا ضمان على الواهب . وهذا هو رأي أغلب شراح القانون الفرنسي - راجع بودري صحيفه ٢٦٤

١٤١٧ - وقياساً على هذا المبدأ حكم بأنه في حالة اشتراط عدم ضمان البائع باشتراط صريح فالمشتري من هذا البائع أن يرجع مع ذلك بالضمان على البائع لبائعه عند الاستحقاق لأنه لم يشترط عدم ضمانه وتسرى عليه اذن القاعدة العامة وهي قاعدة الضمان - بودرى فقرة ٣٥٩

١٤١٨ - وحكم بأنه بالبيع تنتقل للمشتري جميع الحقوق التي للبائع على البيع وعلى ذلك تنتقل له دعوى الضمان التي كانت للبائع ضد البائع الأول (الأصلي) والمشتري الثاني أن يرجع بالضمان على البائع الأصلي ولو كان البائع له مباشرة غير مسئول عن الضمان بمقتضى شرط خاص في العقد - مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٨١ صفحه ١٧١ فقرة ٤٤٥٠ مجموعة ثانية

المبحث الثاني - فيما يترتب على الضمان القانوني

١٤١٩ - يترتب على الضمان القانوني ثلاثة أمور :

- ١ - على البائع أن يتمتع عن كل تعرض لحيازة المشتري
 - ٢ - عليه الدفاع عن المشتري لحماية حقه اذا رفعت عليه دعوى
 - ٣ - اذا لم ينجح في حمايته وجب عليه ان يعرضه عما استحق عليه
- وسنفصل ذلك فيما يلي

الأمر الأول - في وجوب عدم تعرض البائع للمشتري

١٤٢٠ - فرض على البائع ان يمنع تعرض الغير لحيازة المشتري فوجب عليه من باب اولى ان يتمتع عن التعرض بنفسه أو أن يأتي اي عمل من شأنه التشويش على حيازة المشتري فاذا اقدم على شيء من ذلك فالمشتري ان يدفع عمله بأنه ضامن للبيع وأن يمنعه من التعرض بناء على قاعدة من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض والنزاع

١٤٢١ - والنزاع محرم على البائع حتى لو تغيرت صفته بعد البيع فاذا باع زيد

عقار بكر فبكر أن يطلب استحقاقه لنفسه فإذا مات وورثه زيد لم يكن لزيد أن يطلب الاستحقاق لأنه ضامن عند ثبوت الاستحقاق. وللمشتري الرجوع عليه إذا تم الاستحقاق المذكور فلا يصح له حينئذ أن يطلبه ويصح هنا تطبيق قاعدة من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه

١٤٢٢ - وهذا التحريم ينتقل (يتعدى) إلى ورثة البائع لأنهم مطالبون بجميع الالتزامات التي على مورثهم ودعوى الضمان تنتقل إليهم وعلى هذا يحرم عليهم النزاع في شيء يعود عليهم ضمانه . فإذا فرض ومات زيد البائع في المثل السابق فورثه بكر ثم أراد بكر أن يطلب استحقاق العقار المبيع فتدفع دعواه بالضمان وأنه بصفته وارثاً للبائع فهو ضامن للمبيع والضامن ممنوع من النزاع

كذلك إذا باع وصى عقار القاصر المشمول بوصايته بغير إذن المجلس الحسي متعهداً بالحصول على تصديق القاصر على البيع فللقاصر عند البلوغ وعدم التصديق على البيع أن يرفض البيع ويطلب استحقاقه للمبيع . ولكنه إذا صار وارثاً للوصى حرم عليه النزاع لأن الضمان الواجب على الوصى ينتقل إليه فإذا نازع عارضه المشتري بهذا الدفع . وهكذا

١٤٢٣ - ومدار هذا الأمر هو التحقق من انتقال دعوى الضمان إلى الوارث فإذا انتقلت إليه حرم عليه النزاع والآن فلا . ولذلك فليس لضمن البائع أن ينازع في الملك لأنه بضمانه البائع التزم بالقيام بكل مستوجبات الضمان فهو ضامن محرم عليه النزاع

عدم تجزؤ
دعوى الضمان

١٤٢٤ - والتزام الضمان لا يتجزأ لأنه التزام بالامتناع عن فعل أمر وهو الامتناع عن التعرض . ودعوى الضمان تترتب على كل تعرض يحدث قل أو جل . فالتزام جزء من المبيع أو من المنفعة كالتزامه كله وعلى ذلك دعوى الضمان لا تتجزأ فهي عبارة عن التعهد بعمل شيء وهو معاونة المشتري على التمتع بما ملك وحمايته من كل ما يهدده

والامتناع عن النزاع لا يتجزأ ولو تجزأ المبيع فلحيازة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة . فاذا عارض البائع المشتري في حيازة بعض المبيع كانت الحيازة غير هادئة بالنسبة لجميع المبيع ولا وسط لذلك

ويبنى الشراح على ذلك أن الدفع بالضمان من المشتري لا يتجزأ أيضاً ثم يفرعون على ذلك نتائج عظيمة الأهمية فيجيزون الدفع بالضمان قبل أحد الورثة اذا نازع أو تعرض في الحيازة ولو في بعض المبيع . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً لأحد أولاده ثم مات فطلب ابنه المالك استحقاق العقار كان لمشتريه أن يدفع طلبه بالضمان عن المبيع كله وليس للوارث أن يتمسك بالزامه بقدر حصته في الميراث وهي النصف مثلاً ويطلب استرداد النصف الثاني وذلك لأن ضمان المبيع غير قابل للتجزئة والتعرض محرم على الضامن . كذلك لو باع شخصان عقاراً يظنان انه لهما بالمشاع فاذا به ملك أحدهما فليس لهذا الأخير أن يطلب استحقاق الحصة التي باعها شريكه لأن عليه ضمان المبيع

النزاع بالواسطة ١٤٢٥ - والنزاع والتعرض كما يحرمان على البائع مباشرة يحرمان عليه بالواسطة أو بأي طريقة غير مباشرة . فليس للبائع أن يقدم على عمل أمر يكون من شأنه حرمان المشتري من المنفعة التي له الحق في استيفائها بحسب طبيعة المبيع وما أعد له . فبائع محل التجارة ليس له ان يفتح محلاً آخر من جنس الأول بجوار محله الأول بعد زمن قريب من البيع . كذلك لو باع انسان طاحونة او ساقية ليس له بعد ذلك أن يسعى لدى الجهة المختصة في تخفيض منسوب المياه التي تديرها عما كان هو ينتفع به بقصد اضرار المشتري وعلى هذا يجب على البائع أن يمتنع من كل عمل يضر بالحقوق التي انتقلت منه الى المشتري

وفي مثل هذه الأحوال لا يكون اجبار البائع على تنفيذ تعهده بعدم التعرض أو النزاع بواسطة الدفع بالضمان لأن البائع لم يقاض المشتري حتى يجوز للمشتري

أن يبدى الدفع السابق بعدم الضمان وإنما يحصل ذلك بطريق دعوى أصلية يطلب فيها المشتري من البائع من جهة قفل محل التجارة الذي فتحه خلافاً لتعهد به عدم التعرض أو إزالة كل ما كان مخالفاً لهذا التعهد ويطلب من جهة أخرى تعويض ما يكون لحقه من الضرر

وبناءً على ذلك يكون ما يفعله المشتري في المثل الثاني أن يطلب إزالة مجرى الماء الذي يكون أنشأه البائع بفعله وتعويضاً عن الضرر الذي لحقه من عطل الطاحونة أو الساقية أو نقص قوتها — قارن بودرى المطول فقرة ٣٦٣

١٤٢٦ — وقد اختلفت الآراء في مسألة فتح محل التجارة الجديد بالقرب من المحل القديم فقال بعضهم إذا لم تكن هناك شروط مخصوصة فلا مانع من فتح المحل الجديد بناءً على حرية التجارة . ولكن المحاكم حكمت بعكس ذلك مستندة على أن البائع حرم على نفسه بطريق ضمني أن لا يأتي عملاً يضر بما يترتب على البيع كاتقاص منفعة المبيع . وأنه يجب عليه ضمان الحياة الهادئة فهو يتعرض لها وينازع فيها إذا استحوذ على زبائن محله المبيع واستجلبهم لمحله الجديد وعلى ذلك قضى بأنه ليس للبائع أن يفتح محلاً جديداً على مقربة من المحل القديم الذي باعه من عهد قريب وتقدير هذه الظروف موكل لحكمة المحكمة . فإذا فتح البائع محلاً في مكان بعيد أو بعد زمن طويل لا تخشى معه المزاومة كان في حل من ذلك

١٤٢٧ — ويسري هذا الحكم ولو كان البائع وكيل تفليسة فليس للتاجر أن يعيد فتح محل بالقرب من المحل الذي باعه وكيل التفليسة لأنه كان وكيله الشرعى كما أنه ليس له أن يفعل ذلك بطريق الخفاء والتستر كأن يفتح المحل المزاحم باسم غيره ولا أن يشترك في محل شبيه به إذا كان اشتراكه يؤدي لجلب الزين التي كانت في محله الأول

١٤٢٨ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنه ليس لمؤلف الكتاب الذي يكون تنازل عن حقوق نشره لمطبعة أن يعيد النشر بنفسه أو بواسطة آخر طالما أن الطبعة الأولى لم

تنفذ لأن من شأن الطبعة الجديدة أن تزاخم الطبعة الأولى وعلى ذلك يعتبر هذا تشويشاً عليها واستحقاقاً أو انتزاعاً جزئياً مع أن المؤلف ضامن للبيع

الأمر الثاني - في وجوب الدفاع عن المشتري

١٤٢٩ - إذا تعرض أحد للمشتري في حيازته بأن اتخذ اجراءات قضائية مبنية على أسباب سابقة للبيع وجب على البائع الدفاع عن المشتري كما وجب عليه الحضور في الدعوى التي ترفع على المشتري والحلول محله والقيام بإبداء ما يجب من أوجه الدفع حتى أنه يجوز أن يترك سبيل المشتري من الدعوى الأصلية ما لم يكن ملزماً فيها بشيء خاص بشخصه - مادة ١٤٨ مرافعات .

وأنه وإن لم يكن حصل غير مجرد تعرض الّا أن البائع واجب عليه أن يدافع عن حقوق المشتري لأن التعرض توطئة للاستحقاق ويجب على البائع تلافي وقوعه ١٤٣٠ - والمشتري الذي يريد ادخال البائع بصفة ضامن في الدعوى أن يستحصل على ميعاد لاستحضاره حسب المبين في المادة ١٤٠ مرافعات وما بعدها وهذه المواد تتكلم على الدفع بطلب الميعاد لادخال ضامن ولهذا يجب الاحتراز من الخلط بينها وبين الدفع بالضمان المبني على قاعدة من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض والتزاع وقد مرّ شرحها

١٤٣١ - وادخال البائع ضامناً في الدعوى عند التعرض القانوني هو حق للمشتري لا الزام . فاذا وثق المشتري من ثبوت حقه كان له أن يقاضى المتعرض وحده الّا اذا أراد البائع أن يدخل من نفسه بصفة ضامن للمحافظة على حقوقه

١٤٣٢ - وقد حكم بأنه ليس لمن باع عقاراً وأقيمت عليه دعوى الضمان أن يتخلص من المسؤولية بادخال البائع له في الدعوى لأنه وإن كان للمشتري الحق في أن يختصم مباشرة مع البائع الأول الّا أنه لا يجبر على ذلك - حكم محكمة كفر الزيات الرقم ٢٩ ابريل سنة ١٠٧٩ وجموعة نمرة ٢٠١ سنة ٨

١٤٣٣ - على أن المشتري الذي يقتصر على المقاضاة بنفسه يرتكب خطأ جسيماً فإنه يكون معرضاً لتحمل مصاريف الدعوى وحده إذا قصرها على نفسه كما أن للبائع بعد ذلك أن يدفع دعوى الضمان التي يرفعها عليه المشتري بأن الخسران نشأ من تقصير الأخير وسوء دفاعه وعدم تقديم الأدلة الكافية لرفض دعوى مدعى الاستحقاق

طرق تضييع
البائع

١٤٣٤ - ويتبين من ذلك أن للمشتري طريقان في تضييع البائع :
١ - فإما أن يستحضره ضامناً في الدعوى الأصلية وتسمى دعوى الضمان حينئذٍ دعوى فرعية الغرض منها إلزام البائع بالمحافظة على حقوق المشتري حتى إذا لم يتيسر له المحافظة عليها يحكم عليه بالتعويضات
٢ - وأما أن يدافع في الدعوى وحده فإذا خسرها جازله أن يطالب البائع بتعويض الضرر الذي لحقه من الاستحقاق وتسمى دعوى الضمان في هذه الحالة دعوى أصلية. ولكن موضوعها يكون قاصراً على طلب التعويض أى على تنفيذ الأمر الثالث المفروض على البائع من تعهده بضمان المبيع

ولما كان المشتري حراً في اتخاذ الطريق الذي يختاره من الطريقين السالفين كان إهماله استدعاء البائع بصفة ضامن موجب لتحمله ما ينشأ عن ذلك من النتائج التي قد يترتب عليها خسارة دعوى الضمان الخاصة بطلب التعويض إذا برهن البائع على أنه لو كان استحضر في الدعوى لأبدى أوجه دفع من شأنها أن تؤدي لرفض دعوى مدعى الاستحقاق . فإنه لا يتأتى جعل البائع مسئولاً عن استحقاق حصل لتقصير المشتري في الدفاع . وعلى كل حال يجب قيام البرهان من البائع على سوء دفاع المشتري وعلى أن عنده أوجهاً لو أبدت لأدت لرفض دعوى الاستحقاق

١٤٣٥ - فقد حكم بأنه لا يكفي أن يرتكن البائع المرفوع عليه دعوى الضمان بصفة أصلية من المشتري على إهمال هذا الأخير في عدم تمسكه ضد مدعى الاستحقاق بدفع ما من أوجه الدفاع بل يجب عليه أن يثبت بأن لديه دفعاً خاصاً به

وكان يمكنه التمسك به لو أدخل في دعوى الاستحقاق . وعليه لا ينحلي البائع من المسؤولية اذا ادعى أن المشتري لم يدفع في دعوى الاستحقاق بسقوط حق طالب الاستحقاق لتملكه العقار بمضى المدة من وقت الشراء لأن مثل هذا الدفاع قاصر على شخص المشتري وما كان للبائع ان يتمسك به لو أدخل ضامناً في دعوى الاستحقاق « محكمة الجيزة الجزئية ٤ فبراير سنة ١٩٠٨ عدد ٥٥ نمرة ١٣١ مجموعة س ١٠ وراجع حكم مصر الاستئنافي ١٤ مايو س ٩٥ القضاء نمرة ٢ ص ٣١٦ وبنى سويف الجزئية ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٩ مجموعة رسمية نمرة ٢ ص ٩٩ »

١٤٣٦ - وبأن دعوى الضمان في حالة دعوى الغير باستحقاق العقار المبيع يجوز أن ترفع بطريقة أصلية أو أثناء دعوى الاستحقاق . فاذا رفعت بطريق أصلي لا يجوز للبائع أن يطلب رفض دعوى الضمان لمجرد أنه لم يطلب ادخاله في الدعوى التي رفعت من مدعى الاستحقاق على المشتري بل يجب عليه أن يثبت حصول تقصير من المشتري في أوجه الدفاع انبنى عليه الحكم للغير باستحقاق المبيع - بنى سويف الجزئية ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة ٢ ص ٩٩ وجلاد مادة ٣٠٠

١٤٣٧ - والبائع مسئول عن الضمان وملزم برد الثمن والتعويضات ولو كان اشترى بعقد رسمي فانه واجب عليه أن يثبت أنه كان اشترى العين التي باعها من مالكاها - « مخطط ٧ ابريل سنة ١٩٠٤ فقرة ٤٤٦٤ مجموعة ثانية »

١٤٣٨ - لا يسقط ضمان البائع الذي لم يدخل في دعوى الاستحقاق من الغير على العين المبعة الا اذا كان لديه مستندات تثبت ملكيته للمبيع وأما اذا لم يكن لديه مستندات على ملكيته لما ذكر فلا يسقط حق الضمان والمشتري أن يرجع عليه « حكم استئنافي ١٤ مايو س ٩٥ القضاء ص ٣١٦ وجلاد مادة ٣٠٠ »

١٤٣٩ - يجب على المشتري أن يقاضى البائع أولاً ويطالبه بالضمان الملزم به قبل أن يدعى الحكومة بدعوى أنها مسئولة لتسليمها حجة الملك للبائع - مخطط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ نمرة ٩ ص ٣١٩ وقرة ٤٧٣٢ مجموعة أولى

١٤٤٠ - وكما أن الدفع بضمان البائع لا يقبل التجزئة فدعوى ادخال الضامن في دعوى أصلية لا تقبل التجزئة أيضاً ما دام الغرض ادخال البائع للدفاع عن حقوق

المشتري وذلك لأن الغرض من هذه الدعوى هو ضمان تنفيذ تعهد لا يتجزأ . ويتفرع على ذلك أنه إذا كان للبائع ورثة عديدون جاز رفع الدعوى على أحدهم وكان له هو أن يدخل باقى الورثة ضماناً معه

أما لو كان المقصود من دعوى الضمان تعويض الضرر أى الحكم بمبلغ معين فالدعوى قابلة للتجزئة بلا نزاع

سقوط الضمان
بمضى المدة

١٤٤١ - جرت المحاكم أولاً على أن الضمان يسقط بمضى سنين لأن المشتري يكتسب بهذه المدة حق الملك على العقار بسبب آخر غير سبب البيع وهو وضع اليد ولا يمكن عدلاً أن يستمر ضمان البائع الى ما لا نهاية له بل لا بد من وجود حد له وهو الخمس سنوات التى تكسب المشتري الملك بوضع اليد على العقار - دشنا الجزئية ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٨٣ وجلاد مادة ٣٠٠

وهذا رأى لا أساس له فنشأ دعوى الضمان إما استحقاق العقار وإما التعرض للملك ومنازعة المشتري فى الحياة وهذان الأمران اذا حصلوا فاستحق العقار فعلاً أو كان التعرض محققاً فى تعرضه كان ذلك دليلاً قاطعاً على أن تملك العقار بمضى الخمس سنين لم يكن جائز الاحتجاج به على الغير لعدم توفر شروطه فهو ساقط وحينئذ يلزم البائع الضمان أما اذا لم يكسب مدعى الاستحقاق أو التعرض دعواه فلا محل لضمان البائع

١٤٤٢ - لهذا عدلت المحاكم عن الرأى السابق وقررت أن البائع ضامن للبيع ودعوى الضمان لا تتولد الا حين المنازعة من الغير ومن تاريخ المنازعة بتبدى المدة المقررة لسقوط حق الرجوع على الضامن وهى المدة الطويلة (١٥ سنة) فاذا لم تمر هذه المدة حق للمشتري الرجوع على البائع وكان البائع ضامناً - الموسكى الجزئية ٦ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٣٢ وجلاد مادة ٣٠٠ وانظر أيضاً حكم ٩ يونيه سنة ٩٢ الحقوق ٧ ص ١٧٧ جلاد مادة ٣٠٠

الأمر الثالث — في وجوب تعويض الضرر الناشئ عن الاستحقاق

١٤٤٣ — يجب على البائع إذا لم ينجح في دعوى مدعى الاستحقاق ان يعرض المشتري عن الضرر الذي يناله من ثبوت الاستحقاق ونزع المبيع من تحت يده اللهم إلا إذا قصر المشتري في استدعائه بصفة ضامن ثم برهن البائع على أن خسران الدعوى نشأ عن سوء دفاع المشتري كما مرّ الكلام

وهذه الدعوى قابلة للتجزئة كما قدمنا فترفع من بعض الورثة على بعض . ويتبين من ذلك ان دعوى الضمان المرفوعة بصفة أصلية هي دعوى قابلة للتجزئة لأن موضوعها تعويض الضرر والزام البائع بدفع مبلغ من النقود ولما كان نزع الملكية يتناول كل المبيع أو بعضه وجب الكلام على كل حالة من هاتين الحالتين على حدها

الحالة الأولى — في استحقاق كل المبيع

(أو انتزاع المبيع)

١٤٤٤ — إذا نزعت ملكية المبيع بأكمله فسخ البيع وألزم البائع برد الثمن

والتعويضات — « مادة ٣٠٤ »

وانتزاع العقار كله أو بعضه هو تخلية العقار بغير ارادة المشتري اذا اعتدى عليه شخص بالقوة أو بارادته اذا تبين له جلياً حق المستحق أو جبراً عنه بحكم القضاء

في رد الثمن

١٤٤٥ — على البائع ان يرد الثمن الذي قبضه عند استحقاق المبيع لأنه يصبح بلا سبب قانوني تحت يده وذلك لأن المشتري كان دفع الثمن تنفيذاً لعقد بيع لم ينقل له الملك وهو الغرض من الشراء فكأنه دفع شيئاً غير مستحق عليه وله استرداده

١٤٤٦ — قلنا ان للمشتري من المشتري الأول الحق في مداعة البائع الأول

مباشرة بالضمان وقد يتفق انه اشترى بثمن أقل مما اشترى به بآئنه ففي هذه الحالة

ليس للمشتري الثاني أن يسترد من البائع الأصلي سوى ما دفعه من الثمن فقط ولو ان البائع الأصلي المذكور قبض أزيد من ذلك . كذلك اذا كان اشترى بثمن جعل بصفة ايراد مرتب لمدة الحياة فليس له أن يسترد الا ما دفع من الأقساط إذ ليس للمشتري أن يسترد أزيد مما دفع

١٤٤٧ - أما اذا اتفق أن المشتري الثاني اشترى من بائعه بثمن أزيد مما اشترى به بائعه ففي الأمر تفصيل نبيته فيما يأتي

في رجوع
المشتري بثمن
أزيد

أ - اشترى زيد منزلاً من خالد بمبلغ ١٠٠٠ جنيه وأداه اليه ثم باع زيد المنزل بمبلغ ١٢٠٠ جنيه لبكر فاستحق العقار على بكر لسبب ناشئ عن فعل البائع الأول فهل لبكر مطالبة البائع الأول بجميع الثمن الذي دفعه

من الثابت أن خالداً ضامن المبيع لزيد المشتري الأول وزيد ضامن لبكر المشتري الثاني فلبكر حق الرجوع في مبلغ ١٢٠٠ جنيه على زيد لأنه أداها اليه ومتى رد زيد هذا المبلغ فله حينئذ أن يرجع به على خالد ولكن باعتبار أن ١٠٠٠ جنيه ثمن المنزل و ٢٠٠ جنيه تعويضاً . وحيث كان الأمر كذلك فلبكر أن يطالب مباشرة خالداً البائع الأول بكل ما يجوز لزيد ان يطالبه به

ب - ولكن قد يتفق ان البائع الأول (خالداً) غير ملزم بالتضمين كأن كان المشتري منه (زيد) اشترى المبيع وهو يعلم أنه ليس ملك البائع فإنه لا يلزم البائع غير رد الثمن فقط (مادة ٢٦٥ أهلى) . وعلى ذلك ليس لبكر أن يطالب خالداً بغير ١٠٠٠ جنيه . أما المائتا جنيه الزائدة فله أن يرجع بها على من باع له مباشرة (زيد) على أنها باقى الثمن الذى اشترى به - انظر بودرى المطول فقرة ٣٧٠١

١٤٤٨ - اذا دفع المشتري الثمن لدائن البائع بطريق التحويل فله أن يسترده من المحول عليه اذا استحق عليه العقار باعتبار أنه دفع اليه شيئاً بغير استحقاق لا باعتبار أن المحول اليه ضامن لأنه ليس ببائع . وعلى ذلك فاللعوى التى ترفع هى (٦٢)

الرجوع بالثمن
المحول

دعوى استرداد الثمن الذى دفع بغير استحقاق^(١) لا دعوى ضمان فإن انتزاع العقار من المشتري جعل الثمن تحت يد المحول اليه بلا سبب (مقصد)
وهذا الحق ليس بمانع للمشتري من الرجوع بالضمان على البائع وطلب الثمن اذا لم يدفعه اليه المحول اليه وكذلك طلب التضمينات على حسب الأحوال — أنظر مادة ٤٠٤ مرشد الحيران

استرداد الثمن
بأكمله
١٤٤٩ — والمشتري يطلب الثمن بطريق الاسترداد لا بصفة تعويضات عند ما يستحق المبيع. ولهذا كان له ان يطلبه بأكمله ووجب رده اليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع عند الاستحقاق عن الثمن الأصلي بأى سبب كان كما تضى بذلك مادة ٣٠٦ أهلى وقوله ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان يجعل أسباب نقص قيمة المبيع داخلة فى حكم المادة المذكورة. وفى الواقع لا محل للتفريق إزاء نصها الصريح بين ما اذا كان المبيع موجوداً بأكمله فنقصت قيمته لسبب من الأسباب . أو هلك بعضه فنقصت قيمته كردم مصرف بجوار أرض أو سد طريق مجاور لمنزل أو تلف المنزل بحريق أو عطب القمح لتسويس وهكذا

كذلك يرد البائع الثمن بتمامه للمشتري ولو كان نقص القيمة ناشئاً عن اهمال المشتري . وعلة ذلك أن المشتري لا يسأل عن اهماله شيئاً مملوكاً له كما يرد بتمامه ولو كان المشتري ألتف عمداً جزءاً من المبيع لأنه كان مالكاً وللمالك أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ولأنه لا يحق لبائع أن يحجز جزءاً من ثمن شىء دفع اليه مقابل نقل ملكيته فلم تنقل بسبب ظهور استحقاقه للغير .

١٤٥٠ — ولكن ما القول اذا أخذ المشتري بالمبيع تلفاً فحصلت له منفعة منه .
خصم قيمة التلف
الذى عاد بمنفعة
كأن هدم بناء منزل اشتراه وباع الأثاث وأخذ ثمنها

والجواب أن قيمة الأثاث تطرح من ثمن المبيع الواجب رده بناء على قاعدة أن ليس للانسان أن يقتنى من مال غيره وهذا الرأى وارد صراحة فى مادة ١٦٣٢

من القانون الفرنساوى ولم ينص عليه فى قانوننا ولكن القاعدة واجبة السريان لأن ذلك هو العدل

١٤٥١ - كذلك للبائع أن يخصم من الثمن قيمة ما يكون استرده المشتري منه خصم قيمة ما استرده المشتري
لسبب من الأسباب القانونية الموجبة لذلك . فإذا كان المشتري استرد جزءاً من الثمن طبقاً لأحكام المادتين ٣١٨ و ٢٩١ أهلى أى لوجود عيب فى المبيع أو عجز فى المقدار فليس له أن يسترد مرة ثانية ما سبق أخذه

كذلك لو دفع طالب الاستحقاق للمشتري ثمن التصليحات التى يكون أجراها البائع فى المبيع فمن الواجب انقاص قيمتها من الثمن الذى يسترده من البائع حتى لا يرد للمشتري أزيد مما دفع - بودرى المطول ققرة ٣٧٣

١٤٥٢ - ما حكم رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع اذا كان البيع وارداً على حق تنقيص الثمن فى انتفاع أو على ايراد مرتب لمدة الحياة ثم انتزع هذا الشيء من المشتري بعد أن يبيع حق الانتفاع انتفع به زمناً ؟

الواجب هو تنقيص الثمن بنسبة مدة الانتفاع ولو أن نص المادتين ٣٠٤ و ٣٠٦ أهلى عام . وعلة ذلك أن المشتري الذى اشترى حق الانتفاع قد اشترى فى الواقع الحق فى التمتع بالأموال المقرر عليها حق الانتفاع لمدة تنقضى باقضاء حياته . فإذا كان هذا المشتري تمتع بحقه زمناً ما فلاستحقاق لم يكن كاملاً ويجب أن تسرى عليه حينئذ قواعد الانتزاع (الاستحقاق) الجزئى لا قواعد الاستحقاق الكلى ولأنه ليس للانسان أن يقتنى من مال غيره فان الثمن الذى دفعه المشتري يستهلك سنوياً بجنى الثمرة أو قبض المرتب وذلك كالمستهلك بأكمله عند اقضاء مدة الانتفاع فيجب أن يستهلك بعضه بقدر المدة التى حصل فيها الانتفاع المذكور لأن المشتري يكون أخذ جانباً من الثمن وليس له أن يأخذه مرة ثانية

في التضمينات

١٤٥٣ - قرر القانون عند وجوب الضمان أن يرد البائع الثمن مع التضمينات (انظر مادة ٣٠٤) . فالمشتري حينئذٍ أن يطالب البائع بتعويض خلاف الثمن . ولكن التعويض غير مستحق في جميع الأحوال فشرطه أن يكون المشتري حسن النية أي لا يعلم بأن المبيع غير مملوك للبائع

وهذا هو الفارق بين رد الثمن وطلب التعويض فبينما شرط حسن النية غير لازم لاسترداد الثمن إذا هو لازم لطلب التعويض كما تقضى بذلك المادة ٢٦٥ أهلى فراجعها أما البائع فلا يهتم حسن نيته أو خبثها . غاية الأمر ان حسن النية قد يكون له أثر في تقدير قيمة التعويض

١٤٥٤ - وعلى هذا يلزم لوجوب التعويض في حالة الاستحقاق أن تتوفر الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون سبب انتزاع المبيع (استحقاقه) حقاً عينياً .
- ٢ - وأن يكون موجوداً وقت البيع أو بعده ولكن بفعل البائع
- ٣ - وأن لا يكون البائع أعلم المشتري به وأن المشتري يجهله - دو هلس فقرة ٢١٥ بيع ج ٤ ومادة ٣٠٠ و ٢٦٥ أهلى

١٤٥٥ - وقد حكم بأن علم المشتري بخطر الاستحقاق يمنع من المطالبة بتعويض ضرر كان يجب عليه ملاقاته . فمن اشترى عقاراً مشتركاً من أحد الشركاء مع علمه بحالة الشيوع ليس له عند استحقاقه إلا أن يسترد ثمنه وفوائده من وقت ادائه اذا لم يكن استغل العقار - مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٢ مجموعة ثانية

١٤٥٦ - وبأن الضمان يزول فيما يتعلق بالتعويض اذا كان المشتري يعلم وقت البيع بخطر الاستحقاق ولكن البائع يكون مع ذلك ملازماً بالتعويض اذا كان يعلم هو بأسباب الاستحقاق غاية الأمر ان للمحاكم في هذه الحالة أن تخفف مقدار التعويض

الذى تحكم به - مخطوط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ قرة ٤٧٣١ مجموعة أولى

١٤٥٧ - ينص المادة ٣٠٥ مشتملات التعويض التي يجوز للمشتري طلبها من مشتلاتها
البائع وهي رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشتري على البيع والرسوم
المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح
المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية منه

١ - فرسوم العقد وما يتبعه من المصاريف تشمل ثمن التمتع اذا دفع ورسوم رسوم العقد
التسجيل ومصاريف فك الرهن اذا كان دفعها المشتري. وسبب تكليف البائع بردها
ان المشتري دفع هذه المصاريف ليصير مالكا للمبيع والبائع لم ينقل له ملكيته
فوجب عليه أن يرد له جميع هذه المصاريف

٢ - اذا أقيمت دعوى استحقاق على المشتري كان له كما سبق ايضاحه أن رسوم دعوى
الاستحقاق والضمان
يدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو يرفع عليه دعوى الضمان بطريق أصلي
بعد الحكم في دعوى الاستحقاق فالمصاريف التي يكون دفعها المشتري في هذا الشأن
لأقلام الكتاب يجب على البائع والمشتري أن يطلب استردادها منها

أما إلزام البائع بمصاريف دعوى الضمان الفرعية فما لا ريب فيه . وقد يتطرق
الشك فقط لمصاريف الدعوى التي ترفع بطريق أصلي لأنه كيف يجوز تكليف البائع
بدفع رسوم ومصاريف دعوى الاستحقاق وهو لم يكن خصماً فيها ولكن نص المادة
٣٠٥ عام ولم يدع محلاً للتفريق فيجب على البائع دفع مصاريف دعوى الاستحقاق
ولو لم يدخل خصماً فيها ما عدا الحالة التي سبق فأوضحناها وهي حالة ما اذا برهن
البائع على أن خسارة دعوى الاستحقاق ناشئة من سوء دفاع المشتري وتقصيره في
استحضاره ضامناً

٣ - للمشتري أن يطالب كذلك البائع بما صرفه على المبيع وبتعويضات تختلف الخسارة والربح
 باختلاف ظروف وأحوال كل دعوى وهي التي عبر عنها القانون بقوله جميع الخسارات
الحاصلة للمشتري والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزاع الملكية منه -

وعلى ذلك تقررها المحاكم بحسب القواعد العامة الواردة في مادة ١٢١ أهلى . فمن اشترى منزلاً لأعداده محلاً تجارياً وصرف مصاريف جسيمة فى زخرفته وإقامة معداته ووضع كهرباء لإثارته وغير ذلك ثم استحق المنزل وجب على البائع تعويضه عما صرفه على الحل المذكور وعن الربح المقبول قانوناً الذى حرم منه . كذلك لو أنشأ مصارف وشق مساقى بأرض وزرعها ثم انتزعت منه كان له أن يطالب بقيمة جميع ذلك بحسب ما هو مفصل فى مادتي ١٢١ و ١٢٢ أهلى فقد طبقت المادة ٣٠٥ تلك القواعد العامة بأن قررت احتساب ما صرفه المشتري على المبيع وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً من ضمن التضمينات

فى رد الثمرة ١٤٥٨ - هل يرد البائع للمشتري ثمرة العقار الذى انتزع من تحت يده ويكون ألزم بدفعها هى أو قيمتها للمالك المستحق ؟

ووجه الشك معرفة الحالة التى يتأتى فيها إلزام البائع بذلك . فمن المعلوم ان المشتري إما أن يكون حسن النية أو سيئها . فإذا كان حسن النية ملك الثمرة بلا نزاع وكان غير ملزم بردها لمستحق العقار وعلى ذلك لا وجه لطلبها من البائع - أنظر مادة ٥٩٤ فرنسى

وإذا كان سيئ النية ألزم برد الثمن للمستحق ولم يكن له حق فى استرداد قيمتها من البائع فإن سوء القصد يجرمه من كل تعويض - مادة ٢٦٥ أهلى

فمضى يحصل إذن ان يلزم المشتري برد الثمرة للمالك العقار الذى استحقه ؟

والجواب ان المشتري يكون له الحق فى طلب التعويض إذا كان حسن النية وقت الشراء عملاً بنص المادة ٢٦٥ أهلى ولكن حسن نيته حينئذ لا يجعله مستحقاً لثمرة المبيع وغلته الى حين الحكم باستحقاقه فهو لا يملك الثمرة الا اذا كان يستغلها كذلك بحسن نية . فمن يوم ظهور ان المبيع غير مملوك لبائعه ينقطع الاعتقاد بحسن نيته فى الاستغلال كما اذا أُنذره المالك باستحقاقه للمبيع

وعلى هذا فان المشتري ملزم برد الثمرة للمالك من يوم انتهاء الاعتقاد بحسن نيته

ومتى كان الأمر كذلك وجب الزام البائع برد الثمرة المذكورة للمشتري . يستفاد مما تقدم أن محل ذلك الثمرة التي يدفعها المشتري من وقت مطالبته بالاستحقاق لأنه متى كان واضعاً يده بحسن نية ملك الثمرة وبناء على ذلك لا يدفعها للمستحق . وإذا كان سيئ النية ودفعها للمستحق فليس له الرجوع على البائع وذلك يكون في حالة ما إذا كان يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع - مادة ٢٦٥ أهلى
أما إذا كان المشتري يعتقد وقت البيع صحة ملكية البائع فله طلب التعويضات بحسب ما يبيناه في موضعه ثم يبقى حسن النية في امتلاك الثمرة حتى يبدأ المالك المستحق في المطالبة بملكه

ويستخلص من ذلك أن للمشتري حفظ ثمرة المبيع إذا كان حسن النية . وليس للمستحق أن يطالبه بها . ولا عليه أن يردّها للبائع . ولا على البائع أن يدفع له فوائد الثمن . فكل منهما يملك ثمرة استغلال العوض الذي تحت يده حيث كان كل منهما يستغله تنفيذاً لعقد البيع . أما إذا أُلزم المشتري بأداء الثمرة للمستحق وجب على البائع تعويض المشتري عنها

١٤٥٩ - وفوق ما تقدم من القواعد العامة نصت المواد ٣٠٧ و ٣٠٨ و ٣٠٩ أهلى في التضمينات
على أحوال أخرى واحتسبتها من التضمينات

فإذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه فتحسب تلك الزيادة من ضمن زيادة قيمة المبيع التضمينات (مادة ٣٠٧). مثال ذلك عقار ارتفع ثمنه لغلو الأسعار أو لإنشاء شارع بجواره ونص المادة يفيد أن الزيادة في القيمة أيّاً كان سببها تدخل في التضمينات . ويجب على البائع رد قيمتها للمشتري مع الثمن ولو حصلت بلا دخل للمشتري في حصول الزيادة لعموم نص المادة ولما يستتج من حكم المادتين ٣٠٨ و ٣٠٩ اللتين توجبان على البائع دفع مصاريف الاصلاحات النافعة أو الكمالية إذا كان مدلساً -
* أنظر أيضاً مادة ١٦٣٣ ف

ويلاحظ هنا أن المشتري يسترد الثمن بأكمله ولو نقصت قيمة المبيع عن ثمنه

(مادة ٣٠٦) ويستفيد من الزيادة اذا حدثت بعد البيع (مادة ٣٠٧) . وسبب ذلك أن البائع مقصر ويجب عليه تعويض المشتري عن كل ما ينشأ من الضرر عن تقصيره

١٤٦٠ — اذا قصت مساحة أرض مبيعة بسبب جريان النيل ثم زادت من الطمى في جهة أخرى وجب احتساب الزيادة من النقص وبعد ذلك اذا تبين أنه لا يزال هناك نقص أو زيادة فيرجع للقواعد السابقة

١٤٦١ — والزيادة في قيمة المبيع قلت أو كثرت كثرة باهظة تحتسب من ضمن التضمينات لأن نص المادة ٣٠٧ صريح في احتساب كل ما زاد في قيمة المبيع عن ثمنه . ويلاحظ ان في هذا شذوذاً عن القاعدة العامة المدونة في المادة ١٢٢ وهى عدم ملزومية المدين إلا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد ولكنه شذوذ بنص القانون — أنظر بودرى المطول ٣٧٧

١٤٦٢ — وإنما يتعين أن تكون الزيادة سابقة على طلب الاستحقاق . فلا حق للمشتري في التعويض إلا إلى تاريخ طلب الاستحقاق المذكور وعلى ذلك لا حق له فيما ينشأ من الزيادة أثناء سير دعوى الاستحقاق لأن الحكم يستند مفعوله الى تاريخ الطلب في الدعوى

١٤٦٣ — حكم بأن للمشتري الذى تغلب عليه مشتر آخر بعده أحكام بواسطة تسجيل عقده الرجوع على البائع وطلب رد ما دفع من الثمن مع تعويض مساوٍ للفرق بين الثمن الذى اشترى به والثمن الذى يساويه العقار — ويمكن للمحكمة أن تقدر هذا التعويض بالفرق بين الثمن الذى اشترى به المشتري الأول والثمن الذى اشترى به المشتري الثانى السابق فى التسجيل — الاستئناف ١٨ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال هـ ص ٢٣٦ وبلاد مادة ٣٠٥

احكام

١٤٦٤ — فاذا كانت الأرض مما لا ريع له اقتصر حق الضمان على طلب الثمن وفوائده القانونية من تاريخ دفعه — مختلط ١٠ ابريل سنة ١٩٠٢ ققرة ٤٤٦١ مجموعة ثانية

١٤٦٥ - وإذا صرح في عقد البيع بأن المشتري عالم بخطر الاستحقاق وتقدر المبلغ الذي يدفع عند الاستحقاق فليس المشتري أن يطالب بشيء زائد عن المبلغ المتفق عليه « مخطوط ٧ مايو سنة ١٩٠٣ فقرة ٤٤٦٢ مجموعة ثانية »

١٤٦٦ - وقد حكم بأنه لا يمكن أن تتخذ الأسعار الوقتية أو الاحتمالية في زمن مضاربات أساساً لتقدير قيمة الزيادة التي يراد منحها للمشتري بصفة تعويض - « مخطوط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ فقرة ٤٤٧١ مجموعة ثانية »

١٤٦٧ - الإصلاحات إما أن تكون ضرورية أو نافعة أو كالية . وقد أشارت إلى ذلك المادتان ٣٠٨ و ٣٠٩ وتكاملتا على المصاريف التي يلزم البائع بها مما يكون صرف على المبيع من هذا القبيل . وحيث كان نصهما غير واضح فلا مندوحة من الرجوع للقواعد العامة والاستعانة بأحكامها على تفسير ما غمض فنقول للمشتري الحق في مطالبة البائع بتعويضه عن قيمة الترميمات والتصليلات والتحسينات التي يكون قد أجراها هو بالعين المبيعة . ويستفاد من نص المادة ٣٠٨ أن المالك المستحق قد يلزم بدفع بعض المصاريف ومتى دفعها أخلى منها البائع طبعاً وأن البائع يلزم بدفع المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع . وبيان ذلك نقول ان القانون يشير الى تقسيم النفقات والتصليلات الى ثلاثة أقسام : ١ - نفقات على مرمت ضرورية ٢ - ونفقات على اصلاحات نافعة ٣ - ونفقات على اصلاحات كالية . ثم بين ما يلزم البائع منها وما يلزم المالك المستحق وهاك البيان

١٤٦٨ - هذه النفقات تلزم المالك المستحق بأكملها لأنه لو كان العقار تحت في نفقات الممرات يده لا يضطر لاجرائها حيث هي لازمة لصيانة العقار كبناء حائط تداعى الى السقوط وكان اقتضاه يؤدي الى هدم المنزل فاعادة بنائه صانت العقار ومنعت هدمه أو حالت دون ما يصيبه من ضرر واستفاد المالك المستحق من ذلك فوجب عليه أن يدفع القيمة حتى لا يغتنى بمال غيره . وهذا ما يستتج من نص المادة ٣٠٨ أهلى

١٤٦٩ - على المستحق أن يدفع من قيمة هذه النفقات بقدر ما أصاب العقار في الإصلاحات النافعة (٦٣)

من التحسين وزيادة القيمة بشرط أن لا يدفع مصاريف أزيد مما صرف حقيقة اذا تبين ان قيمة التحسين زادت عن مقدار المصاريف التي صرفت . وذلك عملاً بالمبادئ العامة غير أنه لما كان البائع ملزماً برد قيمة الزيادة ولو زادت عن المصاريف (مادة ٣٠٧) وجب عليه أن يدفع الفرق بين المصاريف المنصرفة حقيقة وبين زيادة القيمة لأنه المسئول عن الضمان وعليه أن يعرض المشتري عن كل ضرر يلحقه من الاستحقاق . ولهذا فإنه يستتج من مادة ٣٠٨ أهلى أن مدعى الاستحقاق ملزم بمصاريف التحسينات النافعة التي يترتب عليها زيادة في قيمة العقار ولكن لما كان غير ملزم بحسب القواعد العامة إلا بأن يدفع ما صرف حقيقة فعلى البائع أن يدفع الفرق الناقص لأنه ملزم بجميع المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع - مادة ٣٠٨

ومثال التحسينات النافعة هو انشاء مصرف في أرض يضرها النشع أو تركيب آلة بخارية لريها أو بناء مساكن للزراع أو حرق أرض قفر وهكذا

١٤٧٠ - ولن صرف المصاريف الضرورية على العين أو المصاريف اللازمة

لصياتها حق حبس العين - مادة ٦٠٥ أهلى

١٤٧١ - وقد حكم بأنه لما كان للمشتري أن يطالب المالك المستحق للمبيع بقيمة النفقات الضرورية والنافعة بقدر ما عاد عليه من النفع جاز له أن يحبس العين تحت يده - مخطوط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٨ مجموعة ثانية

١٤٧٢ - في نفقات الزخرف والزينة والتحسينات الكمالية - مثال هذه النفقات

هو وضع رمل في طرقات بستان أو وضع زجاج ملون في نوافذ منزل

وهذه المصاريف لا يلزم بها مدعى الاستحقاق مطلقاً

أما البائع فان كان حسن النية فغير ملزم بها لأنها كماليات تعمل عادة لمنفعة واضعها وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعه بغير تلف

أما اذا كان البائع مدلساً وجب عليه دفعها بتمامها ولو كانت منصرفة في تزوين

المبيع وزخرفته - أنظر مادة ٣٠٩ أهلى

التحسينات
الكمالية

تنبيه — قارن فيما تقدم أحكام القانون المصرى بأحكام القانون الفرنسى لزيادة الايضاح
١٤٧٣ — سبق أن قلنا بأن البائع لا يلزم برد فوائد الثمن لأن المشتري عوض رد فوائد الثمن
عنها بثمرة البيع غير أنه لو كان البيع لا يثمر أو استحق العقار قبل أخذ الثمرة ولم ينتفع
المشتري به نفعاً يساوي فائدة المبلغ فانه يخسر اذا لم ترد له فوائد الثمن وهذا حكم بأن
الفوائد ترد له بصفة تعويض — محكمة النقض الفرنسية ٢٩ يوليو سنة ١٨٥٨ و جويلوار ولوران

الحالة الثانية — فى استحقاق بعض البيع

(أو الاستحقاق الجزئى)

١٤٧٤ — استحقاق بعض البيع كاستحقاقه كله حكماً كما قرر ذلك الشارع فى
مادة ٣١٠ مدنى أهلى (٣٨٤ مختلط)
ولقد أشارت هذه المادة الى حالتين مختلفتين من أحوال الاستحقاق الجزئى وهما :
أولاً — حالة نزاع ملكية جزء معين من البيع أو جزء شائع فيه
ثانياً — ثبوت حق ارتفاق موجود على البيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به أو
لم يكن ظاهراً وقت البيع
ولتكم على كل حالة منهما على انفرادها :

١ — فى انتزاع جزء معين أو شائع

١٤٧٥ — ان استحقاق بعض البيع للغير معناه ان البائع لم يقم بوفاء تعهده
بأكمله ولذلك يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لعدم الوفاء أخذاً بالقاعدة العامة
القاضية بأن الشرط الفاسخ مقدر فى جميع العقود الملزمة للجانبين اذا لم يف أحدهما
بما تعهد به فلامشتري الذى انتزعت ملكية بعض ما اشتراه أن يطلب من المحكمة
الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء بجزء من التعهد به

ولقد نصت على ذلك المادة ٣١١ أهلى غير ان القانون وان أعطى هذا الحق

للمشتري لأنه هو الذي يتضرر من عدم الوفاء التام الا أنه لم يطلق له الحق في طلب
الفسخ بسبب استحقاق اى جزء من المبيع وان قل بل قيده بأن اشترط ان يكون
الجزء المنتزعة ملكيته بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء - راجع العبارة الاخيرة
من المادة

١٤٧٦ - وتقدير ما اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته هو بحالة لو علمها المشتري
لامتنع عن الشراء من المسائل التي تتعلق بالوقائع فيتترك الفصل فيها للقضاء وهو يرجع
في تقديرها غالباً لآراء الخبراء

فاذا اشترى شخص أرضاً لاقامة معمل لحلج القطن فاستحق بعضها وصار الباقي
لا يفي لاقامة المباني اللازمة للمعمل جاز للمشتري ان يطلب فسخ البيع
ولو سعى بائع محل تجارة في جلب عدد كبير من زبائن المحل المبيع جاز للمشتري
كذلك ان يطلب الفسخ لأن هذا النقص حدث بفعل البائع
اما اذا كان الجزء الباقي في المثل الأول لا يضرّ بالبناء بحيث يمكن اقامة جميع
مستلزمات المعمل عليه او كان التاجر زاحم المشتري مزاحمة ليست بذات أهمية
فالفسخ غير جائز

١٤٧٧ - كذلك لا يجوز الفسخ ولو كان الجزء المنتزعة ملكيته بالحالة السابقة
اذا كان الفسخ يضرّ بحقوق الدائنين برهن (أنظر مادة ٣١١) وطبعاً المقصود
بذلك دائنو المشتري إذ يترتب على الفسخ ضياع حقهم العيني

١٤٧٨ - وللمشتري ان يبقى البيع باختياره في حالة الاستحقاق الجزئى وان يطلب
قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالكيفية التي سئنها بعد أو يطلب فسخه -
« أنظر مادة ٣١١ أهلى »

١٤٧٩ - فإذا أبقى المشتري المبيع . أو كان لا يجوز له فسخه إضراراً بحقوق
الدائنين المرتهين رهناً عقارياً . أو طلب الفسخ فلم ينجح في دعواه . أو كان الجزء
المستحق أو حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجيز فسخ البيع . جاز للمشتري أن
خيار المشتري في
الفسخ أو ابقاء
المبيع

يطلب من البائع قيمة الجزء المستحق بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق او تعويضات تقدرها المحكمة في حالة ثبوت حق الارتفاق - أنظر مادة ٣١٢ أهلى

فاذا فرضنا أن المبيع كله او الجزء المستحق منه زادت قيمته فى خلال المدة التى انقضت بين البيع والاستحقاق بأن كانت قيمة الجزء المنتزع وقت البيع ١٠٠ جنيه فصارت عند الاستحقاق ١٥٠ جنيهاً وجب على البائع أن يدفع له ١٥٠ جنيه

وهذا الحل موافق فى المآل لنص المادة ٣٠٧ أهلى التى تكلمت على زيادة قيمة المبيع فى حالة استحقاقه كله وقضت باحتساب قيمة الزيادة من ضمن التضمينات ولكنه على عموميه يشمل حالة النقص أيضاً . فاذا فرضنا من جهة أخرى أن القيمة نقصت بأن كانت قيمة الفدان ١٥٠ جنيهاً فأصبحت مائة عند الاستحقاق رد البائع القيمة الأخيرة لأنها قيمة المبيع عند الاستحقاق

١٤٨٠ - يستخلص من ذلك أنه عند انتزاع جزء من المبيع يكون للمشتري الحق فى قيمة الأعيان الحقيقية وقت الاستحقاق - مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ ققرة ٤٤٦٠ بمجموعة ثانية

ولكن يلاحظ أن حكم المادة ٣١٢ غير ملائم لنص المادة ٣٠٦ التى قررت بأنه فى حالة استحقاق المبيع كله يجب رد الثمن بتمامه ولو قصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان فكان الواجب أيضاً فى حالة الاستحقاق الجزئى أن يسترد المشتري من الثمن بنسبة ما استحق من المبيع بصرف النظر عن النقص

وعلة هذا التفريق غير واضحة فقد عللوا حكم الشارع فى المادة ٣٠٦ بأنه فى حالة استحقاق المبيع كله يبقى الثمن بلا مقصد شرعى فى يد البائع لانعدام محل البيع . وأما فى حالة استحقاق بعضه فالمبيع محل وعلى ذلك يكون للثمن مقصد شرعى ولكن فاتهم أنه يجب على البائع أن يعرض المشتري عما خسر نظير الجزء المستحق وهذه الخسارة يجب أن تكون مساوية لما استحق

وقد قال بعضهم اذا كان الثمن معتبراً يلاً مقصد فى حالة استحقاق الكل فبعضه

يكون بلا مقصد في حالة استحقاق البعض ولكنه رأى ضعيف لأننا قررنا بأن استحقاق البعض هنا يجب أن يكون بحالة لو علمها المشتري لما امتنع عن الشراء . فان كان القدر المنتزع جسيماً كان للمشتري طلب الفسخ واسترداد الثمن كاملاً

١٤٨١ - وحكم هذه المواد يسرى أيضاً على حالة نزع الملكية جبراً وبيع العقار بالمراد لأن القانون لم يفرق بين البيع الاختياري والبيع الجبري

١٤٨٢ - لم تبين المادة ٣١٢ أهلي ما يجب رده عند استحقاق بعض المبيع كما بينت ذلك مادة ٣٠٤ وما يليها الخاصة باستحقاق المبيع كله . على أن المشتري قد يصرف مصاريف على دعوي الاستحقاق والضمان في هذه الحالة أيضاً لهذا وجب علينا البحث في ذلك :

قلنا اذا كان الجزء المستحق بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء جاز له فسخ العقد (مادتا ٣١٠ و ٣١١) . فاذا طلب فسخه كانت النتيجة أن يؤخذ المبيع كله ويكون الحكم هنا هو حكم حالة الاستحقاق الكامل وللمشتري استرداد جميع ما تقضى به المادة ٣٠٤ وما بعدها

أما اذا أبقى البيع أو كان لا يجوز له فسخه عملاً بأحكام المادتين ٣١١ و ٣١٢ فهل يكون له الحق في أخذ تضمينات مناسبة لما استحق بحسب التفاصيل الواردة في مادة ٣٠٥ أهلي ؟ . لننظر .

أما من جهة مصاريف دعوي الاستحقاق والضمان فهي واجبة على البائع لأن سبب رفعها هو عدم وفائه بتعهدده وعليه تبعة ذلك

ومن جهة رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف فعلى البائع أن يدفع للمشتري ما يصيب الحصة المستحقة من هذه الرسوم والمصاريف لأنه لا يصح أن يتحمل المشتري . غير مصاريف الجزء الذي تناوله البيع الصحيح وما زاد عن ذلك فيدفعه له البائع بصفة تعويض

أما ما عدا ذلك من التعويض فلا يجوز للمشتري طلبه لأنه يترتب عليه أن يعطى

له باسم تعويضات قيمة أزيد من القيمة التي حددتها مادة ٣١٢ وهي قيمة الجزء المنتزع بالنسبة « لقيمة المبيع الحقيقية وقت النزاع ». فكل شيء يعطى له خلاف ما تقدم يكون مخالفاً لحكم القانون الذي رأى في قيمة الجزء المستحق تعويضاً كافياً مع اضافته للرسوم والمصاريف بحسب ما يناله

ب - في ظهور حق ارتفاق على المبيع

١٤٨٣ - حق الارتفاق إما أن يكون موجباً او سالباً بحسب تقرر لمصلحة عقار او ترتبه على العقار . والأصل ان حق الارتفاق حق عيني ملتصق بالعقار ينتقل معه سالباً كان او موجباً فهو من العقار كالصفة للشيء لا يجوز نزاعها منه ويتبع العقار أينما كان . فللمالك ان ينتفع بحقوق الارتفاق التي للعقار وعليه ان يترك الغير ينتفع بها ان كانت على عقاره - راجع بودري الوجيز ص ٨٨٨ ج ١ فقرة ١٦٤٣ .

فان كان حق الارتفاق موجباً بمعنى انه ترتب على عقار آخر لمصلحة العقار المبيع كحق المرور بأرض الجار او مدخل باب مشترك او الاستقاء من بئر مجاور ثم حرم منه المشتري كان ذلك عبارة عن استحقاق بعض المنفعة الواجبة بمقتضى العقد . كذلك اذا تبين ان عليه حق ارتفاق ولم يعلم به المشتري وما كان يظن انه يوجد كان ذلك سلباً لبعض الحق الواجب له بمقتضى التعاقد . مثال ذلك اشتراط عدم البناء على مسافة معينة او عدم غرس أشجار أو التزام صرف مياه الأرض المجاورة وهذه الحالة الأخيرة هي التي أشار إليها القانون - مادة ٣١٠ أ.م.ل

وقد أراد القانون بذلك أن يبلغ البائع للمشتري جميع حقوق الارتفاق التي على العين المبيعة لأنها تنقص قيمة العقار فاذا كتبها كان عليه تبعة كتابته

١٤٨٤ - وإنما يشترط أن يكون حق الارتفاق بحيث لو علمه المشتري لامتنع

عن الشراء - انظر مادة ٣١٠ أ.م.ل

وهذه مسألة وقائع متروكة لتقدير القاضى الذى يقدرها بحسب استعداد الشيء المبيع

فاذا أبقى المشتري البيع أو كان حق الارتفاق لا يجوز الفسخ كان له الحق في تعويض قدره المحكمة بحسب قيمة الشيء وقت استحقاقه - انظر مادة ٣١٢
١٤٨٥- وإذا كان حق الارتفاق ظاهراً فلا ضمان على البائع عند عدم الاخبار لأنه يكفي أن ينظر المشتري اليه فيراه لهذا قيد القانون حق الارتفاق بالحق الذي لم يكن ظاهراً وقت البيع - مادة ٣١٠

فاذا طالب أجنبي عن المتعاقدين بحق ارتفاق ظاهر كطلبه ابقاء صهر يج أو بئر فلا حق للمشتري في الضمان بدعوى انتزاع بعض المبيع - انظر أيضاً حكم مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٤ مجموعة ثانية

١٤٨٦ - والأرض الموجود عليها حق ارتفاق تعتبر جزءاً من العين الأصلية وتملك لما لك تلك العين . ولذلك اذا حصل الاعلام بحق الارتفاق ثم حصل اغتصاب الأرض السالفة الذكر أو الاعتداء عليها أو الافراط في استعمال حق الارتفاق وجب على المشتري أن يدافع بنفسه عن حقوقه بصفته مالكاً ولا حق له في الرجوع على البائع بشيء - مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ١٤٦ فقرة ٤٤٥٣ مجموعة ثانية

١٤٨٧ - وإذا علم المشتري بحقوق الارتفاق الخفية التي لم يحصل اعلامه بها وقت البيع من قبل البائع فلا ضمان على البائع من أجلها لأنه غير ملزم باعلام مشتر يعلم حقيقة الحال - بودرى ص ٣٩٦ وأحكام محكمة بستا في ٢ أغسطس سنة ١٨٥٤ ولنبوج في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩١

ولكن يجب في هذه الحالة أن يثبت العلم

١٤٨٨ - أما اذا لم يعلم البائع المشتري بجميع حقوق الارتفاق أو الحقوق العينية الخفية الموجودة على المبيع وقت البيع كان البائع ملزماً بالضمان . ولا يكفي لبطلان ملزوميته بذلك أن يكون المشتري بحيث كان يمكنه العلم بها بل يجب أن يكون قد علم بها بالفعل . وبناءً عليه اذا كانت حقوق الارتفاق والحقوق العينية مينة في العقد الذي انتقلت بواسطته ملكية المبيع الى البائع فلا يعد مجرد ذكر تاريخ ونمرة تسجيل

هذا العقد في عقد البيع دليلاً على علم المشتري بهذه الحقوق كما أنه لا يعتبر مبدأً
ثبوت بالكتابة يميز اثبات علمه به طبقاً للمادة ٢١٧ مدني لأن ذلك صادر من
البائع نفسه — محكمة الاستئناف ٨ مارس سنة ١٩١٠ عدد ٣ من ٦ مجموعة س ١٢

١٤٨٩ — من المتفق عليه أن نص المادة ٣١٠ لا يشمل حقوق الارتفاق المترتبة
بمقتضى القانون أو الطبيعية لأنها عبارة عن حق عام مفروض على العقارات وواجب
على المشتري العلم بها بناء على قاعدة لا يعذر أحد بجمله القانون فلا حاجة لاعلامه
بها من جديد

وعلى ذلك لو قرر البائع أن العقار خال من كل ارتفاق فإنما يقصد بذلك عدم
وجود حق ارتفاق ناشئ عن شرط خاص وأنه أراد ضمان حقوق الارتفاق المترتبة
على الأفعال أو عبارة أخرى على التعاقد . فمما لا نزاع فيه أن لصاحب الأرض
التي ليس لها اتصال بالطريق العمومي حق المرور بملك جاره المحيط له للوصول الى
الطريق المذكور (مادة ٤٣ أهلى) . وعلى مالك الأسفل أن يجرى العمارات اللازمة
في بنائه لمنع سقوط العلو المملوك لغيره (مادة ٣٤ فقرة أولى) وهكذا . وأن من
المنفعة العامة حقوق التطرق بالشوارع وحقوق الارتفاق التي تستلزمها ملكية الأملاك
الأميرية أو الأعمال الحربية (مادة ١٠) . فمثل هذه الحقوق لا يترتب عليها ضمان
ويجب على المشتري ان يتحمل كل ما يترتب عليها بعكس ما اذا ظهر على البيع
حق ارتفاق ناشئ عن اتفاق — انظر بودرى المطول فقرة ٣٨٧

١٤٩٠ — ولو ان المادة ٣١٠ قصرت الكلام على حق الارتفاق ولكن حكمها
عبارة عن قاعدة عامة تنطبق في جميع أحوال الضمان فتتناول جميع الحقوق العينية
الخفية كحق الانتفاع وحق السكنى وكل حق عيني يترتب عليه نقص منفعة المبيع
كالتعهد باستبقاء مدفن أو تهديم أرض بلا مقابل لإنشاء شارع أو إعطاء أرض للتنظيم
بلا تعويض — انظر بودرى فقرة ٣٨٨

ملحوظة — الحقوق الشخصية لا يترتب عليها ضمان لأن القانون صرح بالحقوق العينية
(٦٤)

١٤٩١ - ولو أن البائع غير ملزم بالضمان في حالة وجود حق ارتفاق ظاهر
تأكيد البائع
عدم وجود حق
ارتفاق
ولكن لو أكد بائع للمشتري أن حق الارتفاق الظاهر غير مقرر بعقد والمشتري
ابطاله كمطل مفتوح على مسافة أقل من المسافة القانونية ثم تبين أن المتفع كسب
الحق في فتحه بمضى المدة جاز للمشتري حينئذ طلب التعويض أو فسخ العقد
لأن تأكيد البائع هو الذي حمّله على الشراء

١٤٩٢ - والنص العام الوارد في عقد بيع بأن العقار خال من كل ارتفاق يجعل
النص على خلو
العقار من كل
ارتفاق
البائع مسئولاً ولو كان حق الارتفاق ظاهراً لأن تقريره السابق يفيد أن حق الارتفاق
غير مقرر بعقد وأنه عمل من أعمال التسامح التي يجوز للمشتري أن يرجع فيها -
محكمة النقض ٣٠ أكتوبر سنة ١٨٩٤ وبودري ص ٣٩٩

١٤٩٣ - إذا أكد البائع أن للمبيع حق ارتفاق على عقار جاره فتبين أن ليس له
حق الارتفاق المذكور كان للمشتري أيضاً طلب الفسخ إذا ظهر أنه لم يشتر إلا
بمراعاة هذا الحق ولولاه لما اشترى (كأرض تصرف مياها في أرض الغير أو تروى
من وابوره) لأنه إذا انعدم هذا الحق ضاع عليه بعض منفعة العقار المبيع ويكون
البائع ضامناً لذلك

وهذا أمر لا خلاف فيه ولكن ما القول إذا تبين أن المشتري اشترى عقاراً له
حق ارتفاق ظاهر على جاره كمطل على منزل الجار مفتوح على مسافة أقل من المسافة
القانونية فظن المشتري أن المنزل حق ارتفاق على منزل جاره وبعد ذلك تبين للجار
أن المطل واقع على مسافة أقل من المسافة القانونية فطلب سده وحكم بطله

والمعول عليه أن البائع ضامن لذلك أيضاً لأن المشتري اشترى الشيء بحالته
الظاهرة وسكوت البائع عن ابداء حقيقة الأمر يفيد ضمناً أن حق الارتفاق موجود
ولن يتغير . ويلاحظ أن هذا الرأي لا يؤخذ به إلا إذا تبين أن المشتري اشترى
بمراعاة حق الارتفاق - محكمة النقض ٦ فبراير سنة ١٨٨٥ وبودري ص ٤٠١

المبحث الثالث — في الضمان المشروط

١٤٩٤ — ان الضمان الذى سبق لنا شرحه هو الضمان الواجب بنص القانون وأسميناه ضماناً قانونياً لأنه واجب ولو لم يشترطه المتعاقدان. قال القانون «ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد»
ولكن للمتعاقدين التعديل فى احكام هذا الضمان . زيادة أو نقصاً . أو اشتراط عدم الضمان أصلاً . لأن الأحكام السابقة لا تتعلق بالنظام العام ويسمى ذلك ضماناً مشروطاً لأن منشأ شرط المتبايعين لا نص الشارع . وقد أجازت ذلك المادة ٣٠١ فراجعها . وسنتكلم على ذلك فيما يلى

١ — فى الشروط المترتب عليها زيادة مشتملات الضمان القانونى

١٤٩٥ — يجب أن يكون اتفاق المتعاقدين ميئاً بجلاء ووضوح للأحوال التى يراد جعل البائع ضامناً لها إذا أريد اشتراط شروط زائدة عما اشترطه القانون فالشرط الوارد بصفة عامة كشرط الضمان على البائع . أو على البائع الضمان من أى نوع كان قانونياً أو مشروطاً . أو وعليه ضمان كل تعرض أو نزاع أو استحقاق أو دين أو رهن أو بيع وغير ذلك من الموانع القانونية هى ضمانات عادية لا يترتب عليها زيادة مفعول الضمان القانونى ولا تقتضى زيادة فى حكم الضمان المترتب على البيع لو أغفل المتعاقدان ذكر هذه العبارات لأنها صيغ عامة مبهمه لا تدل على حالة أو واقعة معينة وعلى ذلك لا تزيد شيئاً فى شروط القانون لأنه من المقرر أنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة للمتعهد — مادة ١٤٠ اهل

أما لو ضمن البائع حالة معينة كان ذلك عبارة عن شرط مشدد للضمان كاشتراط عدم انتزاع ملكية المبيع للمنافع العمومية . أو أن المبيع حائز لميزة خاصة كتقدير ايراده بمبلغ معين . أو أن مساقيه ومراويه سليمة . فكل حالة من هذا القبيل ينص عليها

المتعاقدان تكون عبارة عن شرط مشدد للضمان القانوني - انظر بودري المطول

قوة ٣٩٣

١٤٩٦ - وفي العادة يلجأ المتعاقدان لهذه الشروط تحديداً لتطبيق أحكام

الضمان وما يترتب عليه

فمثلاً في حالة بيع المحلات التجارية معلوم أن البائع لا يجوز له أن ينشئ محلاً جديداً بكيفية تضرر بالمحل الذي باعه لأنه يحرم عليه التعرض للمشتري في الانتفاع بما اشتراه

ولما كانت مسألة الضرر موكولة لتقدير القضاء وتختلف أحكامها باختلاف الظروف والحوادث - فانشاء المحل قد يضر ولو كان في بلد غير البلد التي فيها محل التجارة كبيع وابور طحين فانه يجب ترك جميع البلاد التي تطحن به غلالها - ينص المتعاقدان على ان البائع لا يجوز له انشاء محل جديد . وهذا الشرط جائز وليس فيه مساس بمبدأ حرية التجارة ما دام المنع محددًا في مكان معين وازمان معين

١٤٩٧ - اذا نزع ملكية العقار الذي به محل تجارة (جدك) كقهوة نزع بناؤها لا يجب الضمان الا في حالة بيع المبيع نفسه
للمنفعة العامة بقي حكم الضمان قائماً لأن مفعول البيع لا يزال سارياً وهو وارد على أدوات التجارة وامتعتها لا على البناء الذي توجد به القهوة والتاجر أن ينقل الى مكان آخر كما كان ينقل لو انتهت اجارة المكان الذي به محل التجارة وارتأى أن يختار مكاناً آخر يظنه أوفق لتجارته . وانما ينتهي التزام البائع بالضمان اذا ترك المشتري التجارة نهائياً

١٤٩٨ - للمشتري من باطن المشتري الأول ان يتمسك بالتزام البائع بعدم انشاء محل جديد ما لم يكن هذا الالتزام خاصاً بشخص البائع لأنه يكون لمنفعة شخصية لا يجوز ان تنتقل لغير من خصت به . وواجب ان يبين ذلك بعبارة صريحة في شروط العقد

١٤٩٩ - لا يترتب على التزام عدم انشاء محل مزاحم للمحل المبيع أن لا يؤثر البائع أما كن بالجهة التي باع فيها المحل الأول لشخص يريد أن يتاجر بنفس الشيء . لا ضمان في حالة التأجير

فإن ذلك من أعمال الإدارة التي لا يشملها الالتزام المذكور ما دام البائع لم يكن شريكاً ولا متفعلاً بإدارة المحل التجارى

١٥٠٠ - اذا باع شخص أشياء مقلدة فضبطت وجرى التحقيق مع حاملها هل الضمان في حالة يجوز لحاملها المذكور أن يرجع بالضمان على البائع وبالتعويضات نظير ما اتخذ ضبطاً لأشياء مقلدة من الاجراءات

أما اذا كان المشتري حسن النية أى لا يعلم بتقليد الشيء المبيع فالبائع ضامن ضمناً قانونياً لأن ضبط الشيء المقلد وتحريم التصرف فيه على حامله هو انتزاع للمنفعة التي كان يقصدها منه

فاذا كان سيئ النية ويعلم بتقليد الشيء المبيع فهو شريك للبائع ولا يجب حينئذٍ على البائع الضمان ولو كان مشروطاً بنص صريح في العقد لأن هذا الشرط باطل حيث يكون الغرض منه اعفاء مجرم من نتائج جرمه

ب - في الشروط المنقصة

١٥٠١ - يجوز للمتعاقدين كما سبق القول الاتفاق على اعفاء البائع من بعض أحكام الضمان التي نص عليها القانون

فاذا باع زيد لعمر وعقاراً في حيازته من خمس عشرة سنة تقريباً وقبل عمرو شراءه اعتقاداً منه بأن المدة الباقية على اكتسابه بمضى المدة الطويلة قصيرة وليس من المنتظر ان المالك يسترده جاز اشتراط عدم ضمان البائع في عقد البيع عند الاستحقاق كذلك اذا باع تاجر علامة بضاعته وأورى المشتري أنها تشبه علامة تجارة أخرى ويخشى أن يمنع من استعمالها في المستقبل قبل مع وجود ذلك الخطر جاز اشتراط عدم الضمان

ومثله بيع أرض يملكها البائع بشرط فاسخ كحيازته لعين بمقتضى بيع وفائي فيجوز له اشتراط عدم مسؤوليته اذا دفع البائع بيعاً وفائياً الثمن واسترد العين

١٥٠٢ - اذا كان المشتري يعلم بالعيب الموجود بالبيع وقت الشراء أو كان البائع أعلمه به ثم استحق المبيع فلا يجوز للمشتري طلب تعويضات فوق رد الثمن لأنه كان يعلم بالسبب الموجب للاستحقاق ومع ذلك أقدم على الشراء وهذا ما قضى به المادة ٢٦٥ التي تشترط لاستحقاق الضمان للمشتري أن يكون حسن النية معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع

ج - في اشتراط عدم الضمان

١٥٠٣ - أجازت المادة ٣٠١ للبائع أن يشترط عدم ضمانه للمبيع وبيننا فيما مرّ (فقرة ١٤٩٥) أن الشرط العام « بالضمان » لا مفعول له ولا يترتب عليه زيادة أحكام الضمان ولكن على العكس من ذلك الشرط العام « بعدم الضمان » فانه يجوز باشتراطه ازالة التزام الضمان وحكمة ذلك أنه لايجاد تعهد يتحتم بيان محله بعبارة ظاهرة واضحة ولكن لإزالة تعهد قائم تكفي الإشارة اليه لأن التعهد المراد إزالته معلوم

١٥٠٤ - اذا وجد غموض في عبارة عدم الضمان وجب الرجوع للقواعد العامة في تأويلها وتفسيرها بحسب الغرض الذي قصده المتعاقدان - مادة ١٣٨ أهلى
وغنى عن البيان انه يجب في حالة اشتراط عدم الضمان ان يكون النص واضحاً في ان الغرض منه اعفاء البائع من الضمان القانونى عند الاستحقاق . فاذا ظهر من مطالعة العقد أن الغرض هو عدم ضمان أمر معين كأن اشترط تحصيل المشتري للايجار من تاريخ معين وعدم ضمان البائع لذلك كان الغرض اعفاء البائع من ضمان التحصيل فقط لا الضمان الواجب عند الاستحقاق. كذلك إذا اشترط عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فإن هذا الشرط يكون قاصراً على عدم ضمانها وحدها ولا تأثير له على الضمان المترتب على استحقاق الملكية وهكذا

تنبيه - لا يصح بحسب أحكام الشريعة الإسلامية اشتراط عدم ضمان البائع الثمن المبيع عند الاستحقاق ويفسد البيع بهذا الشرط - مادة ٣٩٨ مرشد الحيران

ومرجع ذلك ما هو مقرر عند الفقهاء من أن الشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكده موجه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقلين أو لآدمي غيرها فهو فاسد - مادة ٢٨٨ مرشد الحيران

١٥٠٥ - وشرط عدم الضمان ولو أنه شرط عام إلا أنه لا يجرى على إطلاقه ولا يعنى البائع من كل التزام بالضمان فقد قيده القانون بقيدتين : أولهما متعلق بالاستحقاق وثانيهما متعلق بما يجب رده

القيد الأول - نص القانون في مادة ٣٠٣ على أن شرط عدم الضمان باطل إذا كان حق مدعى الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ويتفرع على ذلك أن :

١ - البائع يكون ضامناً - مهما كان الشرط - كل استحقاق يترتب على حق يطالب به المشتري متعلقاً بالمبيع كطالبته بحق ارتفاق على المبيع لأرض امتلكها بالميراث مثلاً. ففي هذه الحالة للمشتري أن يدفع الحق المطلوب منه بأن البائع ضامن لعدم النزاع وعدم التعرض - انظر فيما سبق فقرة ١٤٢٠ وما بعدها

٢ - يكون البائع ضامناً أيضاً إذا ترتب الاستحقاق على حق يستعمله الغير ولكنه صادر من البائع نفسه كما إذا باع قبل أو بعد بيع المشتري الذي استحق عليه العقار لتسجيل المستحق قبله فانه يضمن مهما كان شرط عدم الضمان المشروط في العقد يستلخص مما تقدم أن الضمان لا يسقط بالشرط ما دام الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع . والحكمة في ذلك أن سعى البائع في قرض البيع يجب أن يرد عليه لأنه تدليس والتدليس لا يباح كما يجب أن يسود حسن النية في جميع العقود فليس من العدل أن يستفيد البائع من غش ارتكبه . على أن المشتري لا يقصد طبعاً بهذا الشرط أن يغشه البائع بلا عقاب

وفي هذه الحالة ما دام بطل الشرط فالضمان الذي يجب على البائع هو الضمان القانوني المستوجب رد الثمن والتضمينات بحسب ما بينها سابقاً

١٥٠٦ - ويستوى في الأفعال التي تنشأ عن فعل البائع الأفعال الناشئة عنه

مباشرة أو بالواسطة. سبقت البيع الذي استحق للغير أو تلتته. لأنها إذا سبقت فكان واجباً على البائع إخطار المشتري بها وإذا تلتته فما كان يجوز له إتيانها فإذا كان باع العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو انتفاع وغير ذلك من الحقوق العينية التي يجوز الاحتجاج بها على المشتري بتسجيلها أو رهنها رهناً عقارياً سجل قبل تسجيل البيع أو تنازل عن الإيجار المستحق له في سنين مقبلة وكان هذا التنازل قابلاً للاحتجاج به على المشتري . وهكذا

فهذه كلها حقوق ناشئة عن فعل البائع وتجعل شرط عدم الضمان باطلاً ١٥٠٧ - أما لو كان وقع من البائع أمر معين قبل البيع كرهن عقارى فأخبر به المشتري ثم اشترط عدم ضمانه له كان الشرط جائزاً . وإذا استحق العقار فيما بعد بناء على هذا الفعل أخلى البائع من كل مسئولية ولم يكن للمشتري حق استرداد الثمن عملاً بنص المادة ٣٠٢ لأنه كان يعلم وقت الشراء بالسبب الموجب لنزع الملكية وقد حكمت المحاكم بأن مجرد علم المشتري بفعل البائع الذي يتسبب عنه فيما بعد نزع الملكية يخليه البائع من الضمان ولكن لا يخليه من رد الثمن والواقع أنه يلزم لاعفاء البائع من رد الثمن شرطان :

١ - اشتراط عدم ضمانه رد الثمن عند الاستحقاق

٢ - وعلم المشتري في وقت البيع بسبب الاستحقاق - مادة ٣٠٢ وقارنها

بمادة ٤٠٠ مرشد الحيران

ويعلل فقهاء الشريعة الإسلامية رجوع المشتري بالثمن عند الاستحقاق مع علمه بكون المبيع ليس ملكاً للبائع ان المشتري اشترى ظاناً ان المالك يميز إذ البائع كالفضولي هنا والفضولي يبعه قد يصح إذا أجاز له المالك الحقيقي

والظاهر أن المبدأ الذي قرره الشارع لا يخرج عن الاستناد على شيء من هذا فكثيراً ما يشتري المشتري بهذا الاعتبار معتقداً أن في وسعه الحصول على تصديق

المالك أو تسهيل ذلك . ولهذا متى اشترط عدم الضمان وكان المشتري يعلم سبب الاستحقاق أو اعترف بشرائه ساقط الخيار والضمان في جميع الأحوال سقط الالتزام برد الثمن لأن ذلك يفيد أنه يشتري مجرد أمل - انظر مادة ٣٩٨ مرشد الخيران ١٥٠٨ - يجب أن يكون الحق المترتب عليه الاستحقاق المبطل لشرط عدم الضمان ناشئاً عن فعل البائع شخصياً فإذا كان البيع أو الحق العيني صادرين من البائع الأصلي لم يكن ذلك فعلاً صادراً منه وكذلك لو كان الحق مقرراً من مورثه - « بودرى فقرة ٤٠٦ »

١٥٠٩ - قلنا انه لا يجوز أن يكون الاستحقاق مبنياً على فعل صادر من البائع بعد البيع ومن باب أولى لو كان هو نفسه مدعى الاستحقاق بأن كسب حقاً من الغير يجوز له نزع الملكية فالنزاع محرم عليه على كل حال لأن ذلك يكون عملاً ناشئاً عن فعله وهو خاضع لقاعدة الالتزام السلبى الذى يقضى عليه بعدم النزاع ولو اشترط عدم الضمان عند الاستحقاق

١٥١٠ - كذلك يجب على البائع أن يمتنع من كل عمل يضر بمنفعة المبيع . فليس لبائع محل تجارى أن ينشئ محلاً آخر يزاحم به المحل الأول بناء على شرط عدم الضمان ولا لمن باع ساقية على مجرى ماء أن ينشئ ساقية أخرى قبلها يترتب على انشائها تهليل الماء الذى تأخذ منه الساقية الأولى ولا أن يطلب من مصلحة الرى توزيعاً للمياه يترتب عليه اقصاها عن ذى قبل الا اذا كان أخبر المشتري عند الشراء بعزمه على هذا العمل فقبل لأن المشتري فى هذه الحالة لم يفاجأ وربما راعى ذلك فى احتساب الثمن أو رأى ان الماء الباقي يكفيه فلا ضرر . وهذا احتياط خاص لا يدخل فى الشروط العامة

١٥١١ - العهد الثانى - اذا كان اشتراط عدم الضمان حاصلًا بألفاظ عامة وصار رد الثمن فى حالة نزع الملكية من المشتري فلا يلزم البائع الا برد الثمن دون التضمينات (مادة ٣٠١) وطبعاً المراد هنا استحقاق المبيع للغير بغير دخل للبائع فقد بينا فى صدر الكلام على (٦٥)

لا يجوز أن يكون البائع مستحقاً

مراجعة البائع للمشتري

اشتراط عدم الضمان

القيد الأول ان الشرط يبطل اذا كان سبب الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع والمستفاد من نص المادة أن الشرط الحاصل بألفاظ عامة لا يخلى البائع من كل التزام بالضمان وانما ينقص مشتملاته فقط فيجعله قاصراً على الثمن دون التعويضات . وعلى هذا يكون كل ما يترتب على اشتراط عدم الضمان هو اخلاء البائع من دفع التعويضات الميئة أنواعها بمادة ٣٠٥ . وعلة كون هذا الشرط لا يخلى البائع من رد الثمن أن الثمن يبقى بلا سبب عنده فالمشتري ان يطلبه منه لأخذه بغير استحقاق

عدم رده

١٥١٢ - غير أنه لما كان هذا الأمر مبنياً على قصد المتعاقدين لم يسع الشارع إلا ان يخضع لإرادتهما إذا ظهر أن قصدهما غير ذلك بأن كان الغرض منه اخلاء البائع من الثمن أيضاً وقد أشار الشارع في مادة ٣٠٢ إلى حالتين يستدل منهما على ذلك : الحالة الأولى - إذا اعترف المشتري في عقد البيع انه يشتري ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال . فقد قدر القانون ان المشتري يشتري في هذه الحالة ما يزعمه البائع من الحق على العين لا العين نفسها ويكون البيع بيع غرر وثمنه طبعاً قدر على هذا الاعتبار

الحالة الثانية - اذا اشترط عدم رد الثمن وكان المشتري يعلم في وقت البيع بالسبب الموجب لتزع الملكية

اعتبر كذلك الشارع ان علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لتزع الملك - سواء علم البائع بعلمه هذا أو جهله لأن المادة لم تجعل تفریقاً بين الحالتين - دليل ضمنى على أن قصده عدم الرجوع بالثمن عند الاستحقاق لأنه عالم بخطره فما دام ثبت ان المشتري يعلم سبب الاستحقاق فيعتبر كأنه تنازل عن المطالبة بالثمن

شروط ذلك

١٥١٣ - ويلاحظ انه يجب توفر شرطين في عقد البيع لحرمان المشتري من رد الثمن : ١ - شرط عدم الضمان ٢ - وشرط العلم بالسبب الموجب لتزع الملكية أو شرط سقوط الخيار وعدم الضمان في جميع الأحوال أو ما يقوم مقامه كما يستفاد صراحة من نص المادة ٣٠٢ أهلى

وقد حكم بأنه يجب لعدم الزام البائع برد الثمن عند استحقاق المبيع ان يشترط

عدم الضمان بشرط صريح وان يعلم المشتري وقت البيع بسبب الاستحقاق -
« ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ قرة ٤٤٥٧ مجموعة ثانية »

١٥١٤ - اذا تسبب المشتري بفعله أو بتقصيره في نزع أو استحقاق العقار من
تحت يده فلا حقه في المطالبة بالثمن أو التعويض لأن عليه ان يتحمل تبعه تقصيره .
امال المشتري
مضيق للثمن
والتعويض
مثال ذلك اهماله في ادخال البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق فحكم عليه وتبين انه
لو ادخله ضامناً لقدم أدلة كافية لرفض دعوى الاستحقاق . أو قبوله الدعوى بلا
تقاض . أو عدم تجديده الرهن من بعد انقضاء عشر سنين . أو كان اشترى عقاراً
مرهوناً بشرط ضمان يسر المدين فقطد بعمله درجة الرهن ولم يتيسر له الحصول على
الثمن الذي دفعه

١٥١٥ - يستخلص من كل ما سبق ان : خلاصة ما تقدم

أ - البائع يجب عليه رد الثمن والتعويضات بأنواعها في الأحوال الآتية :

أولاً - اذا باع بالضمان القانوني العام

ثانياً - اذا باع بشرط عدم الضمان فترعت الملكية بسبب فعله الشخصي ولم
يكن اشترط شرط خاص لاثلاء مسؤوليته منها

ب - وعليه ان يرد الثمن فقط

أولاً - اذا علم المشتري بخطر الاستحقاق ولكن لم ينص في العقد على شرط
عدم الضمان

ثانياً - اذا اشترى المشتري بشرط عدم الضمان ولكنه لا يعلم بالسبب الموجب
للاستحقاق ولا اشترى ساقط الخيار

ج - لا يرد شيئاً من الثمن أو التعويض

أولاً - اذا باع بشرط عدم الضمان وكان المشتري يعلم بالسبب الموجب للاستحقاق

ثانياً - اذا اشترى المشتري المبيع ساقط الخيار وبغير ضمان في جميع الأحوال

مع شرط عدم الضمان

ثالثاً - اذا أخل البائع بشرط خاص من ضمان أى أمر معين يترتب عليه

استحقاق كلى أو جزئى حتى ولو كان ذلك ناشئاً عن فعله الشخصى

رابعاً - اذا ترتب الاستحقاق على تقصير المشتري شخصياً

١٥١٦ - اذا بيع عقار واشترط عدم ضمان البائع لحقوق الارتفاق الخفية

فالشروط صحيح ملزم للمتعاقدین

وإذا قيل بأنه باع العقار بما له وما عليه من حقوق الارتفاق فهذا الشرط لا يعدُّ

شرط عدم ضمان إلا اذا تبين من الظروف وقصد المتعاقدين أن الغرض هو كذلك

لأنه عند الشك يرجع للقواعد العامة

ان شرط عدم ضمان البائع لحقوق الارتفاق باطل اذا ترتبت بفعله ما لم يخبر

المشتري بها عند البيع - مادة ٣٠٣

اذا علم البائع بوجود حق ارتفاق خفى (غير ظاهر) ولم يخبر المشتري به ثم

اشترط عدم الضمان كان ذلك كتماناً للحقيقة وغشاً مترتباً عليه ابطال الشرط

خصوصاً اذا كان بحالة لو علمها المشتري لما اشترى

١٥١٧ - ان مجرد علم المشتري بخبر استحقاق المبيع يعتبر بمثابة اشتراط عدم

احكام

ضمان من جهة أن لا حق للمشتري فى طلب تضييمات وانما يطالب بالثمن فقط .

فمن اشترى أعياناً موقوفة كانت مؤجرة له لا حق له فى طلب تعويض اذا استحققت

للموقف لأنها لا تباع ولا تشتري - مخطوط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ مجموعة ثانية

فقرة ٤٤٥٦ و ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٤٦٧ مجموعة ثانية

١٥١٨ - اذا كان البائع معنى من رد الثمن عند استحقاق المبيع فليس للمشتري

أن يجلس العين تحت يده لأن الحبس يكون بغير مسوغ قانونى - ٢٨ مارس

سنة ١٩٠٦ فقرة ٤٤٦٦ مجموعة ثانية

١٥١٩ - اذا اشترط بيع أعيان بالحالة التى توجد عليها وقت استلامها بمعرفة

المشتري بعيوبها وحقوق ارتفاقها ظاهرة أو خفية وبلا ضمان فى حالة الخطأ فى المساحة

أو فى الحدود وعلى العموم بلا ضمان عند حصول أى منازعة أو استحقاق ناشئین

عن أعمال غير منسوبة للبائع فيترتب على هذا الشرط اعفاء البائع من كل مسئولية

لا سيما اذا ظهر من محضر التسليم أن المشتري قرر أنه وضع يده على الأرض المبيعة

بدون عجز ولا زيادة - مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ - نمرة ٧ ص ١٤٩ قرة ٤٧٢٤
مجموعة أولى

١٥٢٠ - يصح ضمان الثمن للمشتري معلقاً بظهور الاستحقاق . وهذا هو ضمان
الدرك . فضامن الدرك هو الضامن للثمن عند استحقاق المبيع وبعبارة أخرى
كفيل البائع - انظر مادة ٣٩٩ مرشد الحيران وابن عابدين ج ٤ ص ٢٠١
وهذا الضمان مانع من حبس الثمن كما سترى ويجوز للبائع أن يطلب الثمن من
المشتري متى قدم الكفيل له في حالة الخوف من خطر الاستحقاق أو حصول التعرض
للمشتري المذكور - انظر مادة ٢٣١ أهلى

الفرع الثانى - ضمان العيوب الخفية

شريعة اسلامية

مادة ٤١٨ مرشد الحيران - البيع المطلق
أى المجرد من شرط البراءة من العيوب ومن
ذكر العيب والسلامة يقتضى أن يكون المبيع
سالمًا خالياً من كل عيب
مادة ٤١٩ منه - يثبت خيار العيب
للمشتري وان لم يشترطه فى عقد البيع
مادة ٤٢٠ منه - العيب الموجود لرد
المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيراً أو ما يفوت
به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى
امثال المبيع عدمه
مادة ٤٢١ منه - يشترط أن يكون
العيب الموجب لرد المبيع قديماً
مادة ٤٢٢ منه - العيب القديم هو ما
كان موجوداً فى المبيع وقت العقد أو حدث
بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم
مادة ٤٢٣ منه - اذا ذكر البائع ان
فى المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب الذى
سماء له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى وله
رده بعيب آخر ولو قبله المشتري بجميع عيوبه
فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر

قوانين أهلية

مادة ٣١٣ أهلى - البائع ضامن للمشتري
العيوب الخفية فى المبيع اذا كانت تنقص
القيمة التى اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع
غير صالح لاستعماله فيما أعد له
مادة ٣٨٧ مخطوط - مطابقة لها
مادة ٣١٤ أهلى - فى الحالة الأخيرة من
المادة السابقة وفى حالة ما اذا كان نقص
القيمة بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن
الشراء يكون المشتري مخيراً بين فسخ
البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن
وبين طلب نقصان الثمن مع التضمينات
فى الحالتين اذا ثبت علم البائع بالعيوب الخفية
مادة ٣٨٨ مخطوط - مطابقة لها مع

مع اضافة «انما لا تستحق التضمنات الا»
بين في الحالتين واذا ثبت

مادة ٣١٥ أهلى - اذا كان البائع لا يعلم
بالعيب الخفى الموجود فى المبيع فالمشتري
له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب
رد الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع
وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه

مادة ٣٨٩ مختلط - مطابقة لها مع
حذف رد الثمن بين كلمتى طلب المصاريف
مادة ٣١٦ أهلى - فى الأحوال التى يثبت
فيها للمشتري حق الفسخ اذا كان البيع
فى جملة أشياء معينة وظهر ببعضها عيب
قبل التسليم فليس له فسخ البيع الا فى
جميع المبيع

مادة ٣٩٠ مختلط - مطابقة لها
مادة ٣١٧ أهلى - اذا ظهر العيب بعد
التسليم فالمشتري فسخ البيع فيما ظهر
فيه العيب اذا لم يترتب على قسمة المبيع
ضرر

مادة ٣٩١ مختلط - مطابقة لها
مادة ٣١٨ أهلى - اذا كان العيب
الخفى الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع
لا يوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه
المشتري كان للمشتري الحق فقط فى
تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة

مادة ٤٢٤ منه - اشترط البائع براءته
من كل عيب أو من كل عيب به وقبل المشتري
المبيع بهذا الشرط صبح البيع والشرط وان لم
يسم العيوب لكنه فى الحالة الأولى يبرأ البائع
من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب
الحادث بعده قبل القبض وفى الحالة الثانية يبرأ
من الموجود دون الحادث فالمشتري رده
بالحادث لا بالموجود

مادة ٤٢٥ منه - ما يبيع يبعأ مطلقاً
منقولاً كان أو عقاراً وظهر للمشتري عيب قديم
فيه فله الخيار ان شاء قبله بكل الثمن المسمى
وان شاء رده واسترد الثمن ان كان تقدمه للبائع
مادة ٤٢٦ منه - اذا بيعت جملة أشياء
صفة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم
فالمشتري مخير ان شاء قبلها بالثمن المسمى وان
شاء رد جميعها وليس له أن يرد المبيع وحده
ويأخذ السالم

مادة ٤٢٧ منه - اذا بيعت جملة أشياء
صفة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم
فان لم يكن فى تفريقها ضرر فالمشتري أن يرد
المبيع منها بمحضته من الثمن سالماً وليس له أن
يرد الجميع بدون رضا البائع وان كان فى
تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله
بكل الثمن

مادة ٤٢٨ منه - اذا كان المبيع كمية
معينة من المكيلات والموزونات ووجد فى بعضها
عيباً بعد التسليم فان كانت فى أوعية مختلفة
فالمشتري أن يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب
وحده وان كانت فى وعاء واحد أو لم تكن فى
وعاء فله رد الكل أو أخذه بعيبه بكل الثمن
وليس له رد المبيع وحده بمحضته من الثمن

مادة ٤٢٩ منه - اذا وجد فى الخنطة
أو الشعر أو غيرها من الغلال تراباً فان كان
التراب قليلاً بحيث لا يعد عيباً فى العرف فليس
للمشتري رد المبيع وان كان فاحشاً وبعده الناس

مادة ٣٩٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣١٩ أهلى — وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمه الحقيقية فى الحالة التى هو عليها وبتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه

مادة ٣٩٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٠ أهلى — لوجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري علماً حقيقياً

مادة ٣٩٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢١ أهلى — وكذلك لا يكون وجه لضمان البائع اذا كان قد اشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية الا اذا ثبت عمله بها

مادة ٣٩٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٢ أهلى — لا يكون العيب موجباً للضمان الا اذا كان قديماً

والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عيناً معينة أو العيب الموجود فى المبيع وقت تسليمه اذا لم يكن عيناً معينة

مادة ٣٩٧ و ٣٩٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٣ أهلى — اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف

عيباً مخير المشتري بين أخذ المبيع بالثمن المسمى أو رده واسترداد الثمن ان كان مقبوضاً

مادة ٤٣٠ منه — اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري فليس له أن يرد به بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد

مادة ٤٣١ منه — اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع

مادة ٤٣٢ منه — يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم مميباً وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى ويمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان

مادة ٤٣٣ منه — اذا حدث فى المبيع زيادة مائة من الرد كصبغ الثوب المبيع والبناء والغرس فى الأرض المبيعة ثم اطلع المشتري على عيب قديم فى المبيع فانه يرجع على البائع بنقصان العيب ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث

مادة ٤٣٤ منه — اذا تصرف المشتري فى المبيع ببيع أو هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان

مادة ٤٣٥ منه — اذا أجر المشتري المبيع ثم وجد به عيباً فله تقضى الاجارة ورده بسببه ولو رهنه ثم وجد به عيباً ليس له تقضى الرهن وانما يرد به بعد فكه

مادة ٤٣٦ منه — اذا هلك المبيع المبيع فى يد المشتري فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان العيب

مادة ٤٣٧ منه — ان ظهر ان المبيع المبيع لا يفتنع به أصلاً يبطل البيع ويكون للمشتري حق استرداد الثمن من البائع ان كان تقدمه اليه

ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً
بحسب الأحوال

مادة ٤٠٠ مختلط - مطابقة لها

مادة ٤٠١ مختلط - اذا كان في

المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب
عيب جديد أو بالقضاء والقدر فهلاكه
يكون على البائع متى كان وجود العيب
القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن
ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه

مادة ٣٢٤ أهلى - يجب تقديم دعوى
الضمان الناشئ عن وجود عيوب خفية
في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والآن
سقط الحق فيها

مادة ٤٠٢ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٢٥ أهلى - تصرف المشتري في
المبيع بأي وجه كان بعد اطلاعه على العيب
الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان

مادة ٤٠٣ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٢٧ أهلى - لا تسمع دعوى الضمان
بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة
المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد

مادة ٤٠٥ مختلط - مطابقة لها

مع اضافته في آخر المادة « اذا كان
المبيع موجوداً وقت المزاد أو أمكن
المشتري معاينته »

قانونه فرنسى

مادة ١٦٤١ منه - البائع ضامن للمشتري
العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح
لاستعماله فيما أعد له أو تنقص هذا الاستعمال
بحيث لو كان علم بها المشتري لما اشترى أو لكان
أعطى ثمناً أقص مما دفع

مادة ١٦٤٢ منه - لا يضمن البائع
العيوب الظاهرة التي يتيسر للمشتري اطلاعه
عليها بنفسه

مادة ١٦٤٣ منه - البائع ضامن للعيوب
الخفية ولو لم يكن عالماً بها الا اذا اشترط في
الحالة الأخيرة عدم الضمان مطلقاً

مادة ١٦٤٤ منه - في الأحوال المنصوص
عليها في مادة ١٦٤١ و ١٦٤٣ يكون المشتري
مخيراً بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين ابقائه
والرجوع بجزء من الثمن يقدره أهل خبرة

مادة ١٦٤٥ منه - اذا كان البائع يعلم
بعيب المبيع وجب عليه أن يدفع التعويضات
اللازمة للمشتري وذلك زيادة عن رد ما قبض
من الثمن

مادة ١٦٤٦ منه - اذا كان البائع لا يعلم
بعيوب المبيع فلا يلزمه غير رد الثمن للمشتري
مع المصاريف التي ترتبت على البيع

مادة ١٦٤٧ منه - اذا هلك المبيع
المعيب بسبب رداءته كان هلاكه على البائع
ووجب عليه أنه يرد للمشتري الثمن والتعويضات
المبينة في المادتين السابقتين

فاذا كان الهلاك بسبب حادثة قهرية كان
على المشتري

مادة ١٦٤٨ منه - يجب تقديم دعوى
الضمان الناشئ عن وجود عيب خفى في أقرب
مدة تبعاً لنوع العيوب الخفية وعرف الجهة التي
حصل بها البيع

مادة ١٦٤٩ منه - لا وجه لرفع الدعوى
المذكورة فيما بيع بمعرفة السلطة القضائية

١٥٢١ - قسم القانون كما يننا فيما تقدم الضمان الى قسمين . الأول . ضمان انتفاع
المشتري بالمبيع بلا معارضة ولا منازعة وهو ما عبرنا عنه بلحيازة الهادئة وتكلمنا عليه
في الفرع الأول من هذا الفصل

الثاني - ضمان العيوب الخفية . وقد جعل القانون البائع ضامناً لهذه العيوب لأن
الغرض من الشراء أن ينتفع المشتري بالمبيع انتفاعاً صالحاً مفيداً . فاذا ضاع هذا
الغرض كان المبيع في يده عديم النفع والتمن في يد البائع بلا مقابل وفي ذلك ضرر
للمشتري لا يدرأه غير ضمان البائع للحيازة النافعة

يدور الكلام على هذا البحث حول نقطتين . الأولى في العيوب الخفية . الثانية
في الأثر المترتب على وجود العيوب في المبيع بالنسبة للمبيع

البحث الأول - في العيوب الخفية

١٥٢٢ - لم يعرف القانون العيب الخفي فوجب الرجوع لأقوال الشراح
قال الاستاذ بودان : العيوب الخفية هي الشوائب التي تشوب المبيع . أما بودري
وبلانيول فقد ذكرا تعريف القانون

وقد ورد في كتب الشرع ان العيب لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة كالأفات
العارضة للشيء فالحنطة اذا أصيبت بعفن أو بلل أو سوس صارت معيبة . أما مجرد
ردائها فلا تعد عيباً لأن الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطاً . والعيب شرعاً هو ما
ينقص الثمن وضابطه عند الشافعية انه المنقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح
بشرط ان يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه . وهذا الضابط قريب من تعريف
القانون المصري

والعيوب التي تجعل البائع ضامناً في عرف القانون المصري هي العيوب التي
١ - تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري ٢ - أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله
فيما أعد له

١٥٢٣ - تبين من هذا ان القانون لم يحصر العيوب الخفية ولم يجعل لها بياناً يرجع اليه كلما قام نزاع بل ترك أمر اعتبار العيب وتقديره للقضاء يقدره بمراعاة الظروف والعوائد المحلية مسترشداً بالضابطين السالفين^(١)

والواقع ان العيب يختلف باختلاف للبيع وطبيعته والغرض من استعماله فالعيب في النباتات غيره في المباني وخلافه في الحيوانات وهكذا مما لا يتأتى حصره . فخرن الدابة أو جموحها . وارتفاع الأرض بحيث لا يصلها الماء . وأرض لا شرب لها أو بها ممر أو مسيل للغير (ابن عابدين ص ٨٢) . وعدم البذر وخطط الأدوية أو تعريضها مكشوفة للجو وهي تفسد من ذلك . ووجود الأقمشة مثقوبة أو مبقعة من الداخل . وتسويس الخشب . وتلوين الأحجار الكريمة تلويناً صناعياً كاللؤلؤ فان ذلك منقص لقيمته . والحشائش الضارة بزرع . وتداعى البنيان . وعلى العموم حق الارتفاق الخفي الموجود على العقار وهكذا . كلها عيوب خفية - بودان ص ١٨٩

وقد اعتبرت المحاكم العيوب كذلك في بيع مجرد الحقوق كبيع قهوة اذا تبين ان صاحبها كان ارتكب خيانة أمانة ترتب عليها اساءة سمعة المحل أو كان صاحبه في عسر منع التجار من معاملته فمحوها - بودان ص ١٩٠

١٥٢٤ - ينأى أنه لوجوب الضمان يجب أن يكون في البيع عيب منقص لقيمة البيع أو يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له . وعلى هذا لا يعد فقد الشيء لبعض الصفات المطلوبة ولو كانت معتبرة في أصل العقد عيباً مثال ذلك شراء قطن من نوع اليانوقش مثلاً فظهر انه عفيفي أو جواد عربي ظهر أنه مسكوفي فلا يقال ان المشتري معيب ولا يطلب الفسخ لوجود عيب خفي وانما يجوز طلب البطالان لحصول غلط أو تدليس بحسب الأحوال

١٥٢٥ - وبهذه المناسبة يلاحظ أنه يجب التفريق بين دعوى الضمان لعيب خفي وبين دعوى بطلان البيع لغلط أو تدليس لأن لكل دعوى نتائج وأحكام تخالف النتائج والأحكام المترتبة على الأخرى

الفرق بين
دعوى الضمان
لعيب خفي
وبطلان لغلط

(١) في فرنسا قوانين خاصة تبين ما يسمى عيباً خفياً بالنسبة للحيوانات المنزلية

يجد المتأمل ان في الدعويين وجه شبه وهو الغلط فان المشتري أراد شراء شيء صالح لاستعماله لغرض معين فسلم اليه شيء غير صالح لذلك ولكن الفارق مع ذلك بين الأمرين عظيم

أولاً - الغلط يقترب عن العيب الخفي في أنه يفسد الرضا ولا يوجب البطلان إلا اذا كان واقعاً في أصل الموضوع المعتبر في العقد (مادة ١٣٤) مثال ذلك شراء فص ياقوت فاذا به زجاج

أما في العيب الخفي فالرضا صحيح والمشتري راض بالبيع ولكن وجد به آفة منقصة للقيمة أو مضية للغرض من استعماله

ثانياً - دعوى العيب الخفي يجب رفعها في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والأسقط الحق فيها أما دعوى البطلان لغلط فلا تسقط إلا بمضي المدة العادية. (١٥ سنة)

أما وجه التفرقة بين العيوب الخفية ودعوى البطلان لتدليس فظاهر لأن التدليس معناه حيل يستعملها البائع ولولاها لما رضى المشتري بالشراء ويترتب عليها اذن فساد الرضا - مادة ١٣٦

أما العيوب الخفية فقد تشاهد في المبيع والبائع لا يعلم بها ولكنه مع ذلك يضمنها عملاً بأحكام المادة ٣١٥

شروط العيب
الموجب للضمان

١٥٢٦ - يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون :

أولاً - خفياً

ثانياً - جسيماً

ثالثاً - مجهولاً للمشتري

رابعاً - قديماً

١٥٢٧ - يشترط أن يكون العيب خفياً - نصت المادة ٣١٣ على أن المشتري الشرط الأول

ضامن للعيوب الخفية وزادت المادة ٣٢٠ ذلك وضوحاً فقالت : لا وجه لضمان

البائع اذا كان العيب ظاهراً . وحكمة ذلك أنه متى كان العيب ظاهراً فلفروض ان المشتري اطلع عليه وقبله وليس له ان يرجع فيما تم من جهته اذ من الميسور له الاطلاع على العيب بمجرد معاينته . والعيب يعد خفياً اذا لم يتمكن المشتري من اكتشافه بعد التأمل . أما عدم معرفة العيب لمجرد اختبار سطحى أو لتقصير المشتري في الاطلاع مع امكانه الاطلاع والوقوف على العيب لا يجعل العيب خفياً

وتطبيقاً لهذا حكم بأنه لا محل للسعى الضمان لعيب خفى اذا كان المبيع مما يمكن معاينته - مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ فقرة ٤٧١٤ مجموعة أولى

كذلك عدم خبرة المشتري الشخصية لا تجعل العيب الظاهر خفياً لأنه من الواجب عليه أن يستعين بذوى الفن فاذا كان ذو الفن يرى العيب متى اطلع عليه فهو ظاهر والّا فهو خفى . فمن شاء شراء منزل عليه استشارة مهندس ومن شاء شراء أطيان أخذ رأى خبير بها أو شراء جواد رجع الى أهل المعرفة فى ذلك وهكذا

١٥٢٨ - ويتفرع على هذا ان العى . والعرج . والتسويس . والعفن . وتداعى بنیان المنزل (أى ايدانه بالانهدام والسقوط) ونحوها عيوب ظاهرة لأن من الميسور أن يعرفها المشتري بنفسه أو بواسطة خبير بها . فاذا أهمل فى الاطلاع عليها كان مقصراً وليس له أن يشكو من نتائج تقصيره

كذلك اذا وجد المبيع محاطاً من جميع جهاته فالعيب ظاهر - مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٧١٧ مجموعة أولى

١٥٢٩ - أما اذا حال دون اطلاع المشتري على العيب أو اكتشافه له تدليس البائع أو طرق احتيالية استعمالها للتغريب به فالمشتري حينئذٍ أن يطلب البطلان لحصول التدليس (مادة ١٣٦) وكان فى هذه الحالة للقاضى أن يراعى فى تقدير الطرق الاحتيالية جهل المشتري وعدم خبرته . مثال ذلك حصان مصاب بعرج منقطع أى يذهب ويمجى فيريه صاحبه للمشتري وقت سلامته منه ليخدعه فى شرائه فهذا

عمل يعد بلا نزاع تدليساً . أما إذا أهمل في المعاينة ولم يمنعه عنها سلوك البائع وتصرفاته فعليه تبعة إهماله — مخطوط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٧١٨ مجموعة أولى

١٥٣٠ — إذا لم يتيسر اكتشاف العيب إلا بإجراء أعمال لم تجر العادة بها عند الشراء ثم وجد بالمبيع عيب كان عيباً خفياً فإذا كانت أخشاب المنزل مغطاة بألواح من الخشب أو ببلاط يحجبها عن النظر ثم ظهر أنها مسوسة كان العيب خفياً لأن العادة لم تجر برفع الألواح وهدم البلات لمعاينة الأخشاب ولو كانت معرضة للنظر ولكن السوس في داخلها وغير ظاهر من الخارج بحيث لا يراه من يتأمل به كان العيب كذلك خفياً

وإذا ظهر أن مرجل (قزان) آلة بخارية ليس بالسلك المطلوب فالعيب خفي لأنه ليس من العادة فك المراجل عند شراء الآلات البخارية ولو أنه لو فك لأمكن معرفته

ويرى المسيو جويلوار أن البائع إذا شرط على نفسه أن يسلم البضاعة سليمة خالية من كل شائبة فهذا ضمان مشروط يعتبر قانون المتعاقدين ويبيح الرجوع عليه بأي خليط يوجد في المبيع ولو كان غير مؤثر

١٥٣١ — وحكم بأنه إذا اشترى شخص بضاعة وسلم بها قائمة أثبت فيها أنه اطلع على البضاعة ورضى بها سقط حقه في الرجوع على البائع بالعيب الخفي — « مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤٧٢ مجموعة ثانية »

١٥٣٢ — وبأن المقصود بالعيب الظاهر الذي لا ضمان له العيب الذي في وسع المشتري اكتشافه بمعاينة المبيع وفحصه بدقة

فمن اشترى منزلاً ووجد أساساته معيبة بعد البيع لا حق له في طلب تنقيص الثمن لعيب خفي إذا كان عاينه بمعرفة رجل من أهل الفن وصرح في عقد البيع بأنه عاينه ووجده بحالة جيدة ومرضية — ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ فقرة ٤٤٧٤ مجموعة ثانية

١٥٣٣ — أن يجهل المشتري العيب — لأنه إذا كان المشتري عالماً بالعيب أو الشرط الثاني

كان العيب خفياً فينبه له البائع وأطلعه عليه كان لا وجه للضمان لأن البائع لم يخدعه ويكون هو راضياً بالعيب ومراعياً في تقدير القيمة وجوده - مادة ٣٢٠

وقد اشترط القانون لاسقاط الضمان عن البائع أن يعلم المشتري بالعيب علماً حقيقياً. ويثبت علم المشتري بالعيب بحسب القواعد العامة في الإثبات. وعلى هذا يثبت في المواد التجارية بكافة الطرق القانونية بما فيها البيئة والقرائن

الشرط الثالث ١٥٣٤ - أن يكون العيب جسيماً - لم يرد القانون أن يجعل كل شائبة في البيع عيباً ولا تزعزعت الثقة بالمعاملات. وعلى هذا وجب أن تبلغ الشوائب حداً منقصاً للقيمة التي اعتبرها المشتري أو يجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما أعد له وذلك لأن الفائدة التي كان يرجوها المشتري لا تتحقق فوجب تضمين البائع. فنقص القيمة أو عدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له هما الضابطان للعيب وواجب على القاضي أن يراعيهما في تقديره لأن أمر ذلك موكل إليه

ويؤخذ من هذا أن النقص البسيط في الشيء أو فقد بعض الكماليات لا يعد عيباً وكذلك إذا احتاج الشيء لبعض تصليحات لا تستدعي نفقة كبيرة بالنسبة لثمنه وهذا ما يراه فقهاء الشريعة أيضاً. جاء في ابن عابدين ص ٧٥ ج ٤ لا بد من العيب أن لا يتمكن من إزالته بلا مشقة

إذا أطلع المشتري البائع على الاستعمال الذي يقصده من شراء الشيء وجب على القاضي مراعاة ذلك في تقدير العيب لأن الغرض تحدد عند تكوين العقد. أما إذا لم يد البائع له شيئاً فينظر في تقدير العيب للاستعمال المقصود عادة من الشيء

الشرط الرابع ١٥٣٥ - أن يكون العيب قديماً - والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إن كان عيناً معينة أو العيب الموجود في المبيع وقت التسليم إذا لم يكن عيناً معينة (مادة ٣٢٢)

يوافق هذا النص أحكام الشريعة الإسلامية وهو وإن لم يكن منصوباً عليه في القانون الفرنسي إلا أن أحكام المحاكم الفرنسية جرت على هذا المبدأ فلا تقبل

الدعوى إلا إذا كان العيب قائماً وقت البيع في الأعيان المعينة ووقت التسليم في الأشياء الجنسية — راجع بودان والأحكام المشار إليها فيه ص ١٨٨ و ١٨٩ وبودرى وسينات فقرة ٤٢٢

وقد احترز القانون بذلك عن العيب الحادث في يد المشتري فأراد أن يخلى البائع منه ويجعل تبعته على المشتري من وقت انتقال الملك إليه . فان تحديد الزمن الذي حدده القانون لاعتبار العيب قديماً هو نفس الزمن المحدد لنقل الملك في الأعيان المعينة أو الأشياء النوعية — راجع مادتي ٢٦٧ و ٢٦٨ من القانون

ويقول الفرنسيون إنه في هذا الوقت يكون اهلاك على المشتري فوجب أن يكون عليه تبعه العيب

وفرق القانون بين بيع الأعيان المعينة وبين الأشياء النوعية لأنه في الحالة الأخيرة لا يعاين المشتري المبيع عادة وربما اشترى شيئاً غير موجود لدى البائع فلا يميز اذن المبيع إلا بالتسليم

تنبيه — لازالة اللبس الذي ربما يحدث عند المطلاع على نص المادة ٣٢٢ والمادة ٢٩٨ نقول انه لا لبس لمن يتأمل ويقارن النص الفرنسي للمادتين فالمراد بالعيب في المادة ٢٩٨ هو التلف أو التخریب ولذلك عبر عنه بلفظ (*détérioration*) لا العيب الخفي . ويشترط أن يكون هذا التلف حادثاً بعد العقد وقبل الاستلام بدليل قوله « بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد » بخلاف العيب الخفي فانه يشترط وجوده « قبل العقد » على كل حال أي سواء كان الشيء معيناً بذاته أو بنوعه

١٥٣٦ — ومن البديهي أن مجرد تولد العيب في الأزمان المحددة قانوناً ولو لم يكن تمّ نموه يعد عيباً قديماً فإذا بدأ السوس ينخر في الحبوب أو المرض في الدابة وقت العقد في الشيء المعين بعينه أو عند التسليم في المعين بنوعه كان ذلك عيباً قديماً — « بودرى ص ٣٤٠ »

١٥٣٧ - متى توفر أحد الشرطين المذكورين في مادة ٣١٣ كان العيب خفياً ووجب الضمان

ولم يشترط القانون علم البائع بالعيب أى سوء قصده وإنما يترتب على عدم علمه اختلاف الأثر المترتب على العيب الخفى من جهة الضمان كما سيحجى - راجع مادة ٣١٤ و ٣١٥

١٥٣٨ - قلنا فيما سبق انه اذا كان العيب ظاهراً سقط الضمان وان العيب يعرف اما وقت العقد أو وقت التسليم بحسب الأحوال الميئة آنفاً

العيب في الاشياء
التي تستلم
من البوسته

ولكن قد يتفق في التجارة أن يشتري الشخص شيئاً ويضطر لاستلامه من البوسته أو الجمرك ولا يطلع عليه إلا بعد وصوله محل تجارته أو مسكنه فهل اذا اطلع على عيب ظاهر جاز له في هذه الحالة فسخ العقد أو لا يجوز

قررت المحاكم الفرنسية جواز ذلك لأن العادة الثابتة جرت به والعادة محكمة خصوصاً في الأشياء التي لا يمكن معرفة عيوبها إلا بواسطة أهل الخبرة أو باستعمالها فمن اشترى آلة بخارية لا يتسنى له معرفة عيوبها إلا بعد ادارتها فاستلامها ونقلها للمكان المعد لوضعها لا يمنع من جواز الفسخ متى ثبت العيب الخفى - بودرى ص ٤٣٢ والأحكام المذكورة به

وكذلك من اشترى ثوب قماش من تاجر بربطته ففتحه في منزله فوجده مثقباً أو مبقعاً جاز له فسخ العقد ولو أن العيب ظاهر لأن العادة جرت بأخذ الثياب بحالتها وشيوع العادة في مثل هذه الأحوال يتضمن ان المتعاقدين رضا ضمناً بمعاينة الشيء فيما بعد وان التسليم غير نهائى فاذا وجد المشتري به عيباً ولو ظاهراً رده وعلى هذا يكون المتعاقدان لحكم العادة قد خالفا بطريقة ضمنية أحكام المادة ٣٢٠ التي يسرى حكمها من وقت الاطلاع على المبيع

كذلك لو أرسل شيء من بلد لأخرى فالعادة جارية بعدم معاينتها إلا بعد استلامها

١٥٣٩ - يثبت ضمان العيوب الخفية بلا شرط فالبيع المطلق يقتضى أن يكون

المبيع سالماً خالياً من كل عيب ومن باب أولى يثبت في البيع المشروط فيه السلامة
من العيوب

غير أنه ليس ما يمنع من اشتراط عدم الضمان لعيب خاص أو لجميع العيوب وهو
ما يسمى عند الشرعيين بالبراءة الخاصة أو البراءة العامة من العيوب . لأن قواعد
هذا الضمان لا تمس النظام العام — انظر ٤١٨ مادة مرشد الحيران

لهذا قرر القانون بأنه اذا شرط البائع عدم ضمانه للعيوب الخفية سقط عنه الضمان
الأذا ثبت علمه بها — مادة ٣٢١ (٣٩٦ م)

١٥٤٠ — ويؤخذ من ذلك ان شرط عدم الضمان لا يكون صحيحاً إلا اذا كان
البائع حسن النية أى يجهل وجود العيب

فاذا كان يعلم به فالشرط باطل وضمان البائع واجب . والسبب في ذلك انه في هذه
الحالة يعد اشتراط عدم الضمان مع علم البائع بالعيب تدليساً على المشتري والقانون
لا يجيز التدليس والغش بين الخصوم كما ان كتمان العيب غش وخيانة

١٥٤١ — وليس من داع لتسمية العيوب فشرط عدم الضمان بصفة عامة صحيح
وكل لفظ مؤد لشرط عدم الضمان جائز لأن العبرة بالمعنى لا بالبنى والمشارطات
تفسر على حسب الغرض المقصود منها كان المعنى اللغوى وذلك بمراعاة ما يقتضيه
نوع المشاركة والعرف الجارى — انظر مادة ١٣٨

وقد ورد في كتب الشرع لذلك أمثلة كثيرة تقتبس منها ما يأتى
باع شخص داره على انها كوم تراب
أو دابته قائلاً انها مكسرة محطمة

أو باع الثوب بعيوبه فيبراً مما يوجد به من الخروق والترقيع والرفو وهكذا

١٥٤٢ — وكما للمتعاقدين أن يشترطا عدم الضمان لهما أن يشترطا شروطاً أخرى
تزيد في أحكامه . والاتفاق عليها يكون قانونهما . فاذا شرط ساعاتى ضمان سير ساعة
باعها مدة من الزمن بانتظام كان ضامناً لكل عيب ولو ظاهراً يمنع سير الساعة في الزمن
شرط الزيادة في الضمان

المحدد فاذا اختلف سيرها بلا فعل المشتري جاز له فسخ البيع - انظر بودري فقرة ٤٢٤

١٥٤٣ - والعيوب الخفية لا تخصص ببيع مخصوص فيجوز أن ترد في بيع المتقول والعقار كظهور سوس بنحش مغطى بالبوية أو أساس واه لرداءة المواد التي بنى بها أو اقامته على أرض ضعيفة أو تشقق في الحائط مغطى بجبس أو مونة ونحوه « انظر مختلط ٢٧ ابريل سنة ١٩٠٤ فقرة ٤٤٧٣ مجموعة ثانية »

أما قدم البناء فليس بعيب لأن القدم لا يجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له على أنه عيب ظاهر فلا يستوجب الضمان - مادة ٢٢٠

١٥٤٤ - اذا خلط المبيع بمادة غريبة كخلط الدقيق أو السباد أو المسلى أو نحوها بمواد لا تختلف عنه لوناً وملمساً فذلك يعد عيباً خفياً لأنه لا يعلم إلا بطريقة علمية كتخليها . على أنه يلزم بعض التفصيل فهذه المواد إما أن تكون مضرّة أو غير مضرّة

فان كانت غير مضرّة وبكمية يسيرة فلا تعد عيباً . اما اذا كانت بكمية كبيرة مؤثرة على الصنف عدت عيباً موجباً للفسخ ولو كانت غير مضرّة . واذا كانت مضرّة كانت عيباً على كل حال - قارن مادة ٤٢٩ مرشد الحيران

١٥٤٥ - اذا نهى القانون عن أمر فارتكبه البائع وكان هذا الأمر يعد عيباً خفياً فيعتبر الشيء المبيع مما لا يجوز التبايع فيه وبناء على ذلك يكون العقد بلا محل والبطلان أصلياً . ومن مصلحة المشتري أن يطله لفقده أحد الأركان اللازمة لتكوينه (فقد المحل) لأن هذه الدعوى مطلقة من زمن مسقط لها اذا لم ترفع فيه كما له رفعها ولو علم بالعيب الخفي أو رضى به صراحة أو دلالة لأن الاجازة لا تصحح عقداً لم ينقذ ولم يتكوّن

العيب لا يتوقّت - ١٥٤٦ - والعيب لا يتوقّت بمدة فتى ظهر وامكن للمشتري اثبات قيامه من وقت البيع أو التسليم جاز الفسخ ولو طال الزمن حتى ظهر أمره

فاذا اشترى زارع بذوراً فبذرهما ولم تنبت لرداءة نوعها أو نبقت ولم تثمر وثبت

ان سبب ذلك عيب البذر لا عيب تهيئة الأرض أو آفة سماوية ونحوها كان له طلب الفسخ. فاذا ظهر ان جيراناً زرعوا أرضاً معدنها واحد وفي وقت واحد وشروط واحدة غير ان البذور مختلفة فأنمر زرع أحدها ولم يثمر الآخر كان ذلك دليلاً على عدم جودة بذور الزرع الذي لم يثمر كبذرة قطن أو ذرة أو غير ذلك — بودري فقرة ٤٢٥ مكررة ١٥٤٧ — اذا تبين ان قيمة المبيع أقل من ثمنه فلا يعد ذلك عيباً خفياً ولا يمكن تقضى العقد إلا اذا حصل تدليس أو اكراه أو غلط

تقص القيمة
ليس بعيب

مثال ذلك شراء حجر من الماس أو اللؤلؤ فظهر أنه كاذب أو كتاب خطي قديم لأحد المؤلفين المشهورين فاذا به موضوع عليه في هذه الأحوال يبطل البيع لغلط في أصل الموضوع المعتبر في العقد لا لعيب خفي لأن الشيء صالح للاستعمال المعد له ولكن الرضا به فاسد

١٥٤٨ — وقد يكون من الخطأ الفسخ لحصول غلط وعيب خفي في نفس الوقت لأن فساد الرضا معدوم للعقد ودعوى الضمان لا تنشأ إلا عن بيع منعقد . غير أنه يجوز طلب البطلان لعيب خفي من باب الاحتياط

١٥٤٩ — وفي بيع مجرد الحقوق يعتبر عيباً خفياً ظهور ان السند (كسندات البنك العقاري) سبق سحبه لأن الغرض من الشراء كان يبعه بربح أو الأمل في الربح عند السحب وقد ظهر ان الشيء غير صالح لذلك

١٥٥٠ — اذا قدم البائع كشفاً مبالغاً فيه عن ريع العقار المبيع فقدر المشتري الثمن بهذه النسبة ثم تبين ان الابراد أقل مما قدر كبيع منزل وتقديم عقود ايجار صورية او فندق وتقدر ايراده قديراً مبالغاً فيه فهل ذلك يعد عيباً خفياً

قال بعضهم بذلك وهم مخطئون لأنه يشترط في العيب ان يكون قائماً بالمبيع وتقدير القيمة بناء على كشف لا يجعل في البيع عيباً وانما ذلك يعد تدليساً من البائع مفسداً للرضا ومجيزاً بطلان البيع عملاً بنص المادة ١٣٦

١٥٥١ — والأصل ان ضمان العيوب الخفية واجب في جميع البيوع وردت على

لا يضمن العيب عقار أو منقول كلوحة تصوير أو آلة بخارية أو حيوان ولكن استثنت المادة ٣٢٧ في البيوع القضائية والإدارية (٤٠٥ م) البيوع التي تحصل بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد من

دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فصرحت بعدم سماعها في البيوع المذكورة وقد قيدت المادة ٤٠٥ مختلط عدم السماع في حالة ما اذا كان المبيع موجوداً وقت المزاد وأمكن المشتري معاينته فرفع الشارع الأهلئ هذا القيد لأن العلة الباعثة على عدم السماع موجودة في جميع الأحوال . والمشتري ليس مجبوراً على الشراء اذا داخله شك من جهة سلامة المبيع - انظر جرائم ولان ققرة ١٢٧

أما القانون الفرنسي فقصر هذا المنع على البيوع التي تحصل بواسطة القضاء أى البيع الجبرى وبيع عقارات المفلس والقاصر - مادة ٦١٤ وما بعدها

ويستفاد من قول القانون البيوع التي تحصل بواسطة المحكمة انه في بيع العقار اختياراً او لعدم امكان قسمته بغير ضرر يجوز رفع الدعوى بسبب العيب الخفى وذلك لأنه في الحالة الأولى يحصل البيع اضطراراً ويترتب عليه صرف مصاريف باهظة وليس للموظف المباشر للبيع مصلحة في اخفاء العيب او ترويج بيعه بإبداء صفات غير حقيقية . وأحياناً قد يقع البيع بثمن أقل من القيمة لعدم وجود مزايدين حتى انهم اذا لم يحضروا اتقص الثمن وقد يحصل توزيع الثمن بعد ذلك

فاذا ظهر العيب الخفى وجب رد المبيع والثمن وربما قامت موانع تحول دون استرداد الثمن . على أن البيع لا بد من حصوله لوفاء ديون الدائنين وإيابة الفسخ لعيب خفى مانعة من ذلك فيجب على المشتري أن يطالع على ما يعرض بيعه بالمزاد بالصفة المذكورة قبل شرائه منعاً لتضرره وتلافياً لما ينشأ من الاضطراب

اما في البيوع الاختيارية التي تحصل طبقاً للمادة ٦٢٠ وما بعدها من قانون المرافعات فانه يجوز لصاحب العقار ان يعين الثمن للمزايدة عليه واذا لم يجد مزايدين فله ان يطلب شطب الدعوى وإيقاف الاجراءات كما للشركاء ان يقتسموا العقار المشاع بينهم ودياً لهذا وجب أن يعتبر البيع الحاصل بهذه الصفة كالبيع العادى سواء بسواء

١٥٥٢ - يجوز للمشتري الثاني ان يرفع الدعوى مباشرة على البائع الأول بطلب الفسخ لعيب خفي لأنه اشترى المبيع بما له وما عليه من الحقوق غير أنه يجب ان يكون العيب خفياً أيضاً وقت شرائه هو اذ لو كان ظاهراً كأن لم تظهر أعراضه الا وقت شرائه من المشتري الأول فليس له اقامة الدعوى لأنه اشترى بعيب ظاهر ويعتبر أنه راض بالعيب ولا حق له في تضمين البائع له فلا وجه حينئذ لتضمين البائع الأول

المبحث الثاني - في الأحكام المترتبة على ضمان العيوب الخفية

١٥٥٣ - يترتب على ضمان البائع للعيوب الخفية متى توفرت شروطها بالكيفية التي سبق ذكرها الحق للمشتري في دعويين :

١ - دعوى فسخ البيع

٢ - ودعوى تنقيص الثمن

وقد يكون له الخيار بينهما او يكون له المطالبة بأحدهما فقط على حسب الأحوال الناشئة من العيب الخفي فالعيب اما أن يكون منقصاً للقيمة التي اعتبرها المشتري واما أن يجعله غير صالح للاستعمال . وإن كان العيب منقصاً للقيمة فلما ان يكون النقص بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء واما أنه لا يمنعه عن الشراء

١٥٥٤ - فان كان النقص بمقدار لو علمه المشتري لامتنع عن الشراء او كان الخيار بين الفسخ

وتنقيص الثمن

العيب يجعل الشيء غير صالح لاستعماله فيما أعد له فالمشتري

١- الخيار بين فسخ البيع اذا لم يكن ترتب على المبيع حقوق للدائنين برهن وبين

طلب تنقيص الثمن مع التضمينات في الحالتين اذا ثبت ان البائع يعلم بالعيب الخفي -

مادة ٣١٤ (٣٨٨ م)

ب - ويكون له الحق في طلب الفسخ فقط مع طلب رد الثمن ومصاريف البيع طلب الفسخ فقط

او ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه اذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفي - مادة ٣١٥

(٣٨٩ م) .

طلب التقيص
قط

ح - ويكون له الحق في طلب تقيص الثمن فقط اذا كان العيب الخفي المترتب عليه نقصان القيمة لا يستوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشتري ويكون التقيص بحسب تقدير أهل الخبرة - مادة ٣١٨ (٣٩٣ م)

١٥٥٥ - ويؤخذ من اشتراط القانون في الحالة الأولى عدم جواز الفسخ إذا ترتب عليه ضرر بحقوق الدائنين برهن ان المشتري في تلك الحالة لا يكون له غير طلب تقيص الثمن مع التضمينات اذا ثبت علم البائع بالعيب الخفي ولا يصير له الخيار في الدعويين إلا اذا فك الرهن

والخيار الممنوح للمشتري في الحالة الأولى يجعل له الحرية في رفع أى الدعويين شاء (أى دعوى الفسخ أو دعوى النقصان مع التعويض) وأن يتنازل عن التي رفعها منهما ويعود لرفع الأخرى متى لم يكن صدر فيها حكم او صلح

وقد يحرم المشتري من حق دعوى الفسخ اذا كان باع ما اشتراه إذ يبيعه له تنتقل الملكية منه ولا يجوز له فسخ العقد ورد المبيع ولا يكون له اذن غير طريق واحد وهو طلب تقيص الثمن

وانما يكون للمشتري منه الخيار اذا لم يكن العيب ظاهراً وقت شرائه كما سبق الكلام

١٥٥٦ - يقول مسيو بودان ان دعوى الفسخ ودعوى التقيص لم تخرجاً عن تطبيق القواعد العمومية . فدعوى التقيص وبها يسترد المشتري جزءاً من الثمن تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة القاضية بالزام المدين بتعويض الدائن اذا لم يف بتنفيذ جزء من تعهده

ودعوى الفسخ تطبيق لأحكام القاعدة القاضية بأن العقود الملزمة للجانبين تفسخ اذا لم يف احدهما بتعهده

١٥٥٧ - متى حكم بالفسخ تعود حالة المتعاقدين الى ما كانت عليه قبل التعاقد

فيسترد المشتري الثمن وفوائده من يوم دفعه وعليه أن يرد المبيع وثمرته وتوابعه ولو حدثت بعد البيع

١٥٥٨ - وهذا الأمر سهل اذا كان المبيع منقولاً . أما اذا كان عقاراً وترتب عليه حق عيني للغير قال بعضهم انه لا يجوز الفسخ إلا إذا زال الحق العيني المذكور لأنه لا يمكن رد المبيع بالحالة التي استلمها المشتري إذا كان عليه حق عيني . وقال آخرون إن المشتري غير مكلف برفع الحقوق العينية قبل طلب الفسخ لعيب لأن الحكم بالفسخ للسبب المذكور يسرى مفعوله على الماضي وبذلك يزول أثر كل حق ترتب على المبيع من نفسه بمجرد صدور الحكم بالفسخ ويرى فريق ثالث أنه يجب التفريق بين ما اذا كان المشتري رتب هذه الحقوق بعد اطلاعه على العيب الخفي او قبل اطلاعه عليه

فان كان المشتري قرر الحق العيني بعد اطلاعه على العيب الخفي سقط حقه في الضمان (مادة ٣٣٥) لأن ذلك يفيد رضاه بالمبيع وقبوله له بالعيب الذي ظهر فيه . اما اذا قررها قبل اطلاعه على العيب ثم طلب الفسخ بعد الاطلاع فحكم به زال كل أثر من آثار الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقد بمجرد الفسخ كما هي الحال في فسخ العقد لعدم تنفيذه أو لحصول غلط أو تدليس مفسد للرضا

ولأرباب الحقوق العينية أن يرجعوا على المشتري طبقاً لما تقضى به القواعد العامة . فمن أخذ حق ارتفاق من المشتري المذكور كان له أن يرفع عليه دعوى الضمان بناءً على استحقاق المبيع ونزعه منه . ولم يستثن القانون من هذه الحقوق العينية غير حق الدائن برهن عقارى فإنه لا يجوز الفسخ اضراراً بحقه . وقد يستفاد من هذا الاستثناء أن القاعدة جواز الفسخ ولو أقر بياق الحقوق العينية - انظر مادة ٢١٤ (٣٨٨ م) وبودرى قرة ٤٣٥

١٥٥٩ - ويلاحظ ان لا حق للمشتري في تعويضات خلاف الثمن إلا في حالة

ما اذا كان البائع يعلم بالعيب الخفي - مادة ٣١٤

فإذا كان يجهله الزم بالثمن فقط

والتعويضات في الحالة الواجبة فيها تقدر بحسب القواعد العامة الواردة في باب

التعهدات - مائة ١٢١ وما بعدها

ولما كان المفترض دائماً هو حسن النية أي جهل البائع بالعيب الخفي وجب على المشتري إثبات مدعاه إذا ادعى ان البائع كان يعلم به

وقد استثنى الشراح من هذه القرينة حالة حصول البيع بمعرفة نفس الصانع أو التاجر إذا كان هو الذي يصنع الشيء بنفسه أو تحت مراقبته لأن الغالب أنه يكون مطلعاً على عيبه . على أن البائع لو أثبت عكس ذلك قبل منه الاثبات ومتى تبين عدم علمه بالبيع عومل بنص المادة ٣١٥ لا ٣١٤ - قارن بودري فقرة ٤٣٦

١٥٦٠ - نصت المادة ٣١٥ على أنه في حالة جهل البائع بالعيب يُرد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع . والمراد بها مصاريف التسجيل وضبط العقد ان كان رسمياً وثمان التمتع ومصاريف فك الرهن ومصاريف نقل المبيع من مكانه الى محل المشتري وهكذا كل ما يترتب مباشرة على البيع

ومن الخطأ الذهاب لاعتبار مصاريف أخرى كمصاريف بذور جديدة اضطرَّ المشتري لشرائها لعدم جودة الأولى ومصاريف المشال أو مصاريف الدعوى التي رفعها المشتري من أجل العيب لأن هذه تعويضات لا مصاريف بيع . والتعويضات لا محل لها متى كان البائع يجهل العيب الخفي

أما اذا كان المشتري قد أنفق نفقات زادت في قيمة المبيع فعلى البائع دفعها له لأنه حين يأخذ الشيء بما فيه من الزيادة يغتنى بمال الغير وعلى هذا يجب عليه دفع قيمة الزيادة لأنه أخذ عوضها

١٥٦١ - نصت المادة ٣١٨ على انه اذا كان العيب الخفي الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب امتناع المشتري عن الشراء لو اطلع عليه كان للمشتري الحق فقط في تقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة

وقد بينت المادة التالية لها الطريقة الواجب اتباعها لتقصي الثمن فقالت : —
وتقصي الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمه الحقيقية في الحالة التي هو عليها وتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه وهي طريقة مأخوذة عن كتب الفقه . وطريقة احتسابها هي كما يأتي :
إذا فرضنا ان المشتري اشترى منزلاً فوجد به عيباً فقوم وهو سليم فوجدت قيمته الحقيقية ألفاً وقوم وهو معيب فوجدت ٦٠٠ جنيه فنسبة القيمتين لبعضهما هي $\frac{2}{3}$ ويكون الفرق بين القيمتين هو $\frac{1}{3}$ فهذا هو الفرق الذي يجب تنقيصه من الثمن وهكذا متى عرف الفرق بين القيمتين عرف الفرق بين الثمنين فإذا كان الفرق $\frac{1}{3}$ كان النقص بنسبة الخمسين وان كان ثلثاً فثلثه أو ربعاً فربعه وهكذا — راجع زيلعي ص ٣٤ ج ٤ ومادة ٤٣٢ مرشد الحيران

ونرى ان الواجب اتباع هذه الطريقة أيضاً في الحالة المنصوص عليها في مادة ٣١٤ إذ لا فرق بين الحالتين سوى أنه يجوز للمشتري في حالة المادة ٣١٤ أن يطلب زيادة عن تنقيص الثمن — بالكيفية السابقة — تعويضات اذا ثبت علم البائع بالعيب الخفي وفي حالة المادة ٣١٨ لا حق له سوى طلب تنقيص الثمن

١٥٦٢ — نصت المادة ٣٢٣ على أنه اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فهلاكه هلاك المبيع
على البائع ويلزم حينئذٍ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح بالعيب القديم
آنفاً بحسب الأحوال . والمراد بذلك أحوال علم البائع بالعيب الخفي وعدم علمه . فإذا كان يعلم بالعيب الخفي ألزم بالتضمينات عملاً بنص المادة ٣١٤ والآ فلا يلزم بها
والحكمة في ذلك أنه وقت طرء العيب ما كان المبيع مملوكاً للمشتري بل كان لا يزال مملوكاً للبائع فاذا انعدم محل البيع بسبب ذلك بطل البيع وكان الثمن بلا سبب (بمقصد شرعي) في يد البائع

١٥٦٣ — نص القاتون المختلط في المادة ٤٠١ على أنه اذا كان في المبيع عيب هلاك المبيع
قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر فهلاكه يكون على البائع الجديد
(٦٨)

متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً او كان تقدير نقصان الثمن ممكناً في الأحوال الجائز فيها نقصانه

أغفل الشارع الأهل هذه المادة وقد أصاب اذا لا يفهم كيف يجعل الهلاك المتسبب عن العيب الجديد على البائع

ويأخذ هذه المادة نفسه غير معروف لأنها لم ترد بالقانون الفرنسي كما ان الشريعة الاسلامية تجعل هلاك المبيع المبيع وهو في يد المشتري عليه وانما يرجع المشتري على البائع بنقصان العيب وهذا أمر مفهوم ومعقول - مادة ٤٣٦ مرشد

كما انه اذا ظهر ان المبيع المعيب لا ينتفع به أصلاً فيبطل البيع ويكون للمشتري حق استرداد الثمن من البائع ان كان قدده اليه - مادة ٤٣٧ مرشد الحيران

وهذا ايضاً معقول وعقله مفهومة لأن البيع يكون بلا مبيع فقد محله ومتى فقد محله بطل البيع ووجب رد الثمن فاذا كان الشارع المختلط يقصد بمادته هذه الاحوال فقد شط وأساء التعبير . والغالب أنه أخطأ في الترجمة حيث إن النظرية تستقيم إذا عبر بالتلف أو الفساد بدل الهلاك والنص الفرنسي لا يأبى ذلك

١٥٦٤ - ذكر الفقهاء أيضاً حالة أخرى نوردتها للقياس عليها . قالوا اذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير فلا يكون للبائع ان يأخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع لحق الشرع لما فيه من تملك الخمر وتملكها فلا يقع بتراضى المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير - زيلعي هامش ص ٣٤ ج ٤

عدم جواز التعامل به

ووجه القياس على هذا أنه لو اعتبر المبيع من المنفعة العامة او صدر قانون بعدم جواز التبايع فيه او التعامل به كان رده للبائع وفسخ البيع ممنوعاً ولا يكون للمشتري غير طريق واحد وهو طلب تنقيص الثمن بنسبة العيب

١٥٦٥ - اذا حدث بالمبيع عيب جديد عند المشتري واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده إلا برضا البائع . لأن في الرد

حدوث عيب جديد

اضراراً بالبائع حيث خرج المبيع عن ملكه سالماً من العيب الثانى ولا بد من دفع الضرر عنهما فيرتفع عن المشتري بالرجوع بالنقصان ويرتفع عن البائع بعدم الرد الا أن يرضى البائع بأخذه فحينئذ يكون أسقط حقه بنفسه ورضى بالتزام الضرر باختياره « زيلى ص ٣٤ ج ٤ ومادة ٣٩٩ مختلط ومادة ٤٣٠ مرشد الحيران »

ولورضى البائع بالرد وأخذ المبيع فلا يرجع على المشتري بشيء كما أن المشتري لا يرجع على البائع اذا رضى بأخذ المعيب — زيلى ص ٣٤ ج ٤ آخر الصعفة

١٥٦٦ — اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم

على البائع — قارن مادة ٤٣١ مرشد الحيران ومادة ٣٩٩ مختلط

١٥٦٧ — اذا علم المشتري بالعيب فرضى به سقط حقه في طلب الضمان . وكل العلم بالعيب ما يفيد الرضا صراحة أو دلالة يمنع الرد ولهذا اذا تصرف في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى سقط حقه في طلب الضمان لأن ذلك يعد رضاءً ضمناً بالعيب كما إذا أجر المبيع او طالب بغلته او رهنه او جمع محصوله او زرعه او داوى العيب وحلب لبن المواشى وهكذا — ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ ومادة ٣٢٥ أهلى و ٤٠٣ مختلط و ٤٣٤ و ٤٣٥ مرشد الحيران

ومرجع ذلك ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضاء بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص — ابن عابدين ص ٧٦ ج ٤ ومادة ٤٣٤ مرشد الحيران

١٥٦٨ — أما اذا تصرف وهو لا يعلم بالعيب كأن أجر الأرض ثم اطلع على العيب جاز له طلب الضمان — ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ ومادة ٤٣٥ مرشد الحيران وقد ورد به أيضاً ان المشتري لا يرد المبيع اذا رهنه الا بعد الفكاك — « ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ »

وهذا يوافق قاعدة الشارع المصرى التى أوردها فى مادة ٣١٤ منه ويقصد بها المحافظة على حقوق الدائنين المرتهنين لعقار فإن فى عدم الرد مصلحة لهم لأنه من المقرر بحسب أحكام القانون ان الفسخ يزيل كل أثر ترتب على العقد ويعيد المتعاقدين الى حالتها الأولى قبله

وإذا أخذ الثوب وعرضه على خياط لينظر أيكفيه أم لا أو أخذ السلعة وعرضها على خبير بها ليقومها له فذلك لا يعد تصرفاً مفسداً للرضاء - ابن عابدين من ٩٥ ج ٤
١٥٦٩ - إذا حدث عيب آخر عند المشتري بغير فعل البائع بأن كان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه أو بآفة سماوية لا يجوز للمشتري رده بالعيب القديم لأنه يلزم رده بعيين وإنما يرجع بحصة المعيب إلا إذا رضى به البائع ناقصاً كما قدمنا
« ابن عابدين من ٨٢ ج ٤ »

تغير حالة المبيع

١٥٧٠ - إذا تغيرت حالة المبيع بعد تسليمه بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر فلا يكون للمشتري حق فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بشرط عدم مراعاة التغير الذي حصل في المبيع - مثال ذلك صبغ الثوب المبيع والبناء والغرس في الأرض المبيعة - مادة ٣٩٩ مختلط
ويلاحظ أن مأخذ هذه القاعدة من الشريعة الإسلامية مع هذا الفارق وهو أن الشريعة لا تجيز الرد في حالة حصول الزيادة في المبيع كيلا يلزم الربا حيث تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض إذا حصل الرد. ولما كان الامتناع لحق الشرع فلا يقدر على إسقاطه ولذلك جاء في المادة ٤٣٣ مرشد الحيران أنه يتمتع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث على أن الفقهاء لم يمنعوا ذلك في حالة الزيادة بصفة عامة بل قالوا إن الزيادة إما أن تكون متصلة أو منفصلة. فالمتصلة ضربان متولدة من الأصل كالجمال والسمن وهذه لا تمنع الفسخ ورد المبيع بالعيب لأنها تبع محض للمبيع لكونها وصفاً له وغير متولدة في الأصل كصبغ الثوب وهذه هي التي لا يجوز فيها الرد. والمنفصلة أيضاً نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لأنه لا وجه للفسخ فيها مقصوداً لأن العقد لم يرد عليها ولا تبعاً لانفصالها ولا إلى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة لأنه يؤدي إلى الربا لأن المشتري إذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الأصل

كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ - زيلعي ج ٤ ص ٣٥
١٥٧١ - ان ما تكلمنا عليه بشأن العيوب لا إشكال فيه اذا كان المبيع العيب في المبيع المتعدد شيئاً واحداً . ولكنه قد يتناول جملة أشياء

فإذا كان البيع في جملة أشياء فقد نص القانون الأهلى على حالة ما إذا كانت الأشياء معينة بعينها ولم يتكلم على بيع الأشياء المعينة بنوعها فقال
في الأحوال التى يثبت فيها للمشتري حق الفسخ اذا كان البيع في جملة أشياء معينة وظهر بعضها عيب قبل التسليم فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع (٣١٦)
فان ظهر العيب بعد التسليم فالمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر (٣١٧)

وماخذ هذا من الشريعة الاسلامية . فقد ورد في كتب الفقه انه اذا وجد في بعض المبيع عيب قبل قبضه كله فالمشتري مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد الكل لا المبيع وحده بحصته من الثمن ويأخذ السالم وكذا ليس للبائع أن يقبل المبيع خاصة - إلا اذا تراضيا على رد المبيع فقط وأخذ الباقي بحصته من الثمن - وذلك لعدم تفريق الصفقة قبل تمامها فالصفقة لا تتم قبل القبض والتفريق في القبض كالتفريق في القبول يمنع الانعقاد اذ القبض له شبه بالعقد لكونه مفيداً ملك التصرف وهو كذاً لملك الرقبة - مستفاد من ابن عابدين ص ٩٧ ج ٤ ومادة ٤٢٦ مرشد الحيران والزيلعي ص ٤١ ج ٤

١٥٧٢ - ولو قبض المشتري بعض المبيع فوجد فيه أو فيما بقي عيباً فحكمه حكم الحالة السابقة اذ الصفقة لم تتم بعد سواء كان المبيع واحداً أو عدة أشياء . وهذه الحالة لم يشر اليها القانون - مستفاد من ابن عابدين ص ٩٧ ج ٤

١٥٧٣ - أما لو قبض المبيع كله فوجد ببعضه عيباً قديماً فان كان المبيع واحداً كدار أو كرم أو أرض أو ثوب أو كان كيلياً أو وزنياً في وعاء واحد أو صبرة واحدة أو شيئين كشيء واحد حكماً بخير بين أخذه كله ورده كله دون رد بعضه فقط اذ

فيه زيادة عيب هو الاشتراك في الأعيان وهذا فيما لا يمكن قسمته بغير ضرر -
« شرحه ومادة ٤٢٧ مرشد الحيران »

١٥٧٤ - أما اذا كان المبيع شيئين او أكثر بلا اتحاد حكماً ككتاب أو كيلياً أو وزنياً في أوعية مختلفة فالمشتري الرضا به بكل ثمنه أو رد المبيع فقط ولا يردده كله إلا بتراض وذلك لأن الصفة تمت ويصح تفريقها ويرد المبيع بحصته من الثمن غير معيب اذ المبيع المعيب دخل في البيع سليماً - ابن عابدين ج ٤ ص ٩٧ ومادة ٣١٧ أهلى و ٣٩١ مخطوط و ٤٢٧ و ٤٢٨ مرشد الحيران

١٥٧٥ - والقانون لم يتكلم على كيفية احتساب ثمن الجزء الذى يرد لعيب فلنا ان نرجع الى أقوال الفقهاء فى هذا الشأن

جاء فى ابن عابدين (ص ٩٧ ج ٤) ان المشتري يرد المبيع بحصته من الثمن غير معيب اذ المبيع المعيب دخل فى البيع سليماً . فلو قبض المشتري المبيع رد المبيع بحصته سالماً وحده اذا لم يكن فى القسمة ضرر وذلك لجواز التفريق بعد تمام الصفة كما قدمنا اما قبل تمامها فقد يتضرر البائع لأن العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فى البيع

١٥٧٦ - والنظر فيما اذا كان يترتب على القسمة ضرر أو لا يترتب موكل الى القاضى يقدره بحسب الظروف فقد يشتري الشخص زوج خيل مؤلفين لونا وأصلاً أو زوجى أحذية أو ثور الف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه فرد أحدهما يضر بالآخر ومع ذلك قد يكون الشراء فى موضع آخر بلا ضرر وقس على هذا فى الأرض والحبوب والسوائل وغيرها

١٥٧٧ - هل دعوى الضمان قبل التجزئة أو لا تقبل بمعنى انه يجوز رفعها من وارث واحد أو على وارث واحد بمطالبة الحق بأكمله

أما دعوى نقص الثمن فلا خلاف فى أنها قابلة للتجزئة لأن الغرض استرداد حصة المعيب من الثمن وهو من التقود أى قابل للتجزئة والتقسيم

وأما دعوى الفسخ فموضوعها رد المبيع واسترداد الثمن فرد المبيع قد يكون قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بحسب الأحوال

وأما الثمن فقابل دائماً للتجزئة وعلى هذا لا يمكن اعتبار الدعوى به غير قابلة للتجزئة ولا يجوز مطالبة كل وارث إلا بقدر نصيبه في الميراث

وإذا كان للمشتري عدة ورثة فطالب أحدهم بفسخ البعض فتضرر البائع من ذلك كان له أن يطلب رفض طلب المدعى إلا إذا انضم معه باقي الورثة دفعاً لما يلحقه من الضرر وذلك قياساً على القاعدة المشار إليها في مادة ٣١٧ حيث راعى الشارع في جواز القسمة أنه لا ينشأ عنها ضرر — قرن مادة ١٦٧٠ قانون فرنساوى و ٣٤٧ مدنى أهلى

١٥٧٨ — ويلاحظ أن تقدير العيب ينظر فيه للاستعمال المقصود من المبيع كما قدمنا في فقرة ١٥٣٤ . وذلك لأن العيب لا يكون عيباً إلا إذا أخل بالمقصود من المبيع ولذلك قد يختلف في نفس الشيء الواحد باختلاف استعماله كالكي في حصان معد للجرا أو معد للرياضة وهكذا وهو أمر متروك للقاضى

١٥٧٩ — ودعوى الضمان سواء كان موضوعها طلب الفسخ أو تنقيص الثمن مدة رفعها يجب تقديمها في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والآن سقط الحق فيها — مادة ٣٢٤ أهلى و ٤٠٢ مختلط

وقد أراد القانون بذلك ارغام المشتري على رفع الدعوى في أقرب وقت ممكن لأن المفروض ان المشتري يشرع في اختيار وتجربة ما اشتراه في الحال فاذا سكت زمناً طويلاً فكأنه رضى به . ولأن رفع الدعوى بعد العلم بالعيب بزمن وجيز دليل على ان العيب موجود وقت البيع او وقت التسليم ولأنه اذا طال الأمد تذهب معالم العيب وآثاره فيصعب اثبات ما اذا كان قديماً أو حادثاً

الفصل العاشر

في تعهدات المشتري

اداء الثمن والاستلام

قوانين مصرية

مادة ٣٢٨ أهلى - يجب على المشتري وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه
مادة ٤٠٦ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٢٩ أهلى - فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد يكون الثمن واجب الدفع حالاً فى مكان تسليم المبيع وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعة فى محل المشتري

ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى

مواد ٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩ مختلط -
مطابقة لها

مادة ٣٣٠ أهلى - اذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لا يكون للبائع حق فيها الا اذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً أو

شريعة اسلامية

مادة ٣٨٧ مرشد الحيران - يجب على المشتري أن ينقد الثمن أولاً فى بيع سلعة بنقد ان أحضر البائع السلعة ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلاً على المشتري ولم يكن للمشتري فى البيع خيار فلو كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشتري بالثمن ولو أخذه لا يسقط خياره

مادة ٣٨٨ منه - اذا بيعت سلعة أو تقود بمثلها يسلم المبيع والثمن معاً
مادة ٣٨٩ منه - اذا كان الثمن مؤجلاً الى أجل معلوم يلزم اداؤه عند حلول أجله وان كان مقسطاً على أقساط معينة يؤدى كل قسط فى ميعاده فان تأخر المشتري عن اداء قسط لا تصير الاقساط الأخر حالة الا اذا كان ذلك مشروطاً فى العقد

مادة ٣٩٠ منه - يحل الثمن المؤجل بموت المشتري ولا يحل الثمن بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول الاجل لاستيفاء الثمن أو الاقساط التى تكون باقية فى ذمة المشتري

مادة ٣٩١ منه - اذا كان مكان اداء الثمن معيناً فى العقد فان كان مما له حمل ومؤنة صح التعيين ويلزم اداؤه فى المكان المشترط اداؤه فيه وان كان مما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح التعيين ويجوز البيع

مادة ٣٩٢ منه - لا يجوز بأى وجه كان للمشتري أن يحبس الثمن الحال بعد قبض

كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات
أو أرباح أخرى

مادة ٤١٠ مختلط - مطابقة لها مع
حذف عبارة أو كان المبيع الذى سلم... الخ
مادة ٣٣١ أهلى - وإذا حصل

تعرض للمشتري فى وضع يده على المبيع
بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ
من اليأع أو ظهر سبب يخشى منه نزع
الملكية من المشتري فله أن يجبس الثمن
عنده الى أن يزول التعرض أو السبب
الآ إذا وجد شرط بخلاف ذلك ولكن
يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطلب الثمن
مع اءاء كفيل للمشتري

مادة ٤١١ و ٤١٢ مختلط - مطابقة لها
مادة ٣٣٢ أهلى - إذا لم يدفع
المشتري ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه
كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع
وبين طلب الزام المشتري بدفع الثمن

مادة ٤١٣ مختلط - مطابقة لها مع
اضافة : مع مراعاة حقوق أصحاب الرهون
العقارية المسجلة ومن انتقلت اليهم ملكية
المبيع من المشتري مع استيفاء رسوم
التسجيل بعد فسخ البيع

المبيع الا اذا استحق المبيع بالبيئة وفسخ البيع
قبل اءاء الثمن

مادة ٣٩٣ منه - إذا لم يدفع المشتري
الثمن حالا ان كان معجلا أو عند حلول أجله
ان كان مؤجلا فلا يفسخ البيع بل يجبر المشتري
على دفع الثمن فان امتنع يباع من متاع المشتري
ما ينى بالثمن المطلوب منه

مادة ٣٩٤ منه - لا يجوز للقاضى أن
يمهل المشتري فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن
المشتري معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر
الى الميسرة

مادة ٣٩٥ منه - إذا كان الثمن عيناً
يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من
المشتري ببيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك

مادة ٣٩٦ منه - إذا كان الثمن ديناً
فى ذمة المشتري فليس للبائع أن يتصرف فيه
قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشتري الثابت
الدين فى ذمته ما لم يسلطه على قبضه من المشتري
فيقبضه منه أو يحيل عليه غريباً له ليأخذه منه أو
يوصى به لأحد فانه يصبح تملكه لغير المشتري
فى هذه الصور الثلاث

قانونه فرنساوى

مادة ١٦٥٠ منه - المشتري ملزم أصلاً
بأن يدفع الثمن للبائع فى اليوم والمحل الميعنين فى
عقد البيع

مادة ١٦٥١ منه - فإذا لم يكن حصل
اتفاق على ذلك عند البيع لزم المشتري أن يدفع
الثمن فى وقت حصول تسليم المبيع وفى مكانه

مادة ١٦٥٢ منه - يلزم المشتري بدفع
فوائد الثمن الى أن يدفع رأس المال فى الاحوال
الثلاثة الآتية :

الأولى - إذا اتفق العاقدان على ذلك
عند العقد

الثانية - إذا كان المبيع الذى سلم للمشتري
ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى

مادة ٣٣٣ أهلى - يجوز للمحكمة أن تعطى لأسباب قوية ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاد واحد

مادة ٤١٤ و ٤١٥ مختلط - مطابقة لها
٣٣٤ أهلى - إذا اشترط فسخ البيع من نفسه عن عدم دفع الثمن فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي

مادة ٤١٦ مختلط - مطابقة لها
٣٣٥ أهلى - وفي بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمي

مادة ٤١٨ مختلط - مطابقة لها

الثالثة - إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً وفي هذه الحالة الأخيرة لا تحسب الفوائد إلا من يوم التكليف

مادة ١٦٥٣ منه - إذا حصل تعرض للمشتري أو ظهر له سبب قوى يخشى منه حصول التعرض له بإقامة دعوى ارتهاان المبيع أو استرداده جاز له حبس الثمن إلى أن يزيل البائع وجه التعرض ما لم يقدم له كفيل أو يكون اشترط دفع الثمن مع حصول التعرض

مادة ١٦٥٤ منه - إذا لم يدفع المشتري الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع

مادة ١٦٥٥ منه - يحكم بفسخ البيع في العقار فوراً إذا كان يخشى البائع من ضياع المبيع والثمن

فإذا كان لا يخشى من ذلك جاز للقاضي إمهال المشتري بضرب أجل قصير أو طويل على حسب الأحوال

فإذا فات الأجل ولم يدفع المشتري الثمن حكم بفسخ البيع

مادة ١٦٥٦ منه - إذا اشترط في بيع العقار بأنه إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المتفق عليه يصير البيع مفسوخاً من نفسه جاز للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الأجل ما لم يكلف رسمياً بالدفع ولا يجوز للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر بعد التسليم

مادة ١٦٥٧ منه - في بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة يفسخ البيع من نفسه وبدون احتياج لتنبيه رسمي لمصلحة البائع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه لاستلام المبيع

تمهيد

١٥٨٠ - بعد أن بين القانون واجبات البائع التي هي حقوق للمشتري شرع
يبين واجبات المشتري التي هي حقوق للبائع

والمشتري ملزم بتعهدات أهمها تعهده بإداء الثمن وإليه التعهد باستلام المبيع وذلك
خلاف واجبات أخرى ثانوية تكلم عليها القانون في مواضعها كرسوم عقد البيع
ومصاريف المشال أو دفع الثمن (انظر مادة ٢٤٣ و ٢٨٤ أهلى) كما ان عليه أداء
ما أنفق البائع من المصاريف لصيانة المبيع المعين بذاته وسنشرح هنا تعهده بإداء
الثمن ثم تعهده باستلام المبيع

الفرع الأول - فى التعهد بإداء الثمن

١٥٨١ - من المعلوم ان البائع انما باع المبيع ليحصل على ثمنه فواجب على
المشتري اداؤه اليه ولذلك قرر القانون فى المادة ٣٢٨ بأنه يجب على المشتري
وفاء الثمن

وفى بيع الغرر كمقد الالتزام مثلاً يجب دفع الثمن ولو مع تحقق عدم انتفاع الملتزم
لأن الالتزام عبارة عن بيع أمل الحصول على شئ فى المستقبل فهو من عقود البيع
الموكول أمر نجاحها الى الصدقة

فلتزم المعدية لا حق له فى امتناعه عن دفع ثمن الالتزام متعللاً بأنه تعطل عن
عمله فى زمن الثورة العرابية لعدم وجود من يعديه وبذلك لم يحصل على المربوط عليه
خصوصاً اذا قيل فى نص عقده وان حصل عجز فى المربوط فنكون ملزمين به -

« استئناف أهلى ٢٨ يولى سنة ١٨٩٥ مجلة القضاء »

المبحث الأول - في زمن اداء الثمن ومكانه

١٥٨٢ - يجب أن يؤدي الثمن في الميعاد والمكان المعينين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه - مادة ٣٢٨ (٤٠٦ م)

فاذا سكت المتعاقدان عن تعيين ذلك بشرط صريح في العقد كان الثمن واجب الدفع حالاً (تقدأ) وفي مكان تسليم المبيع إلا اذا كان الثمن مؤجلاً فيكون دفعه في محل المشتري - أنظر مادة ٣٢٩ أهلى (٤٠٧ و ٤٠٨ مختلط)

ويلاحظ أن نص العبارة الأولى من المادة ٣٢٩ مخالف للحكم العام من جهة اقتضائه وجوب دفع الثمن في « مكان تسليم المبيع » اذ الحكم العام يفيد اداء الثمن في « محل المشتري » لأنه المتعهد بالدفع - مادة ١٧٠

والحكمة في ذلك أن تسليم المبيع واداء الثمن يجب أن يحصل في وقت واحد ما لم يكن هناك شرط مخالف كتأجيل الثمن لهذا وجب أن يكون التسليم والدفع في مكان واحد . ولما كان الثمن أخف حملاً وكلفة قرر الشارع أن الثمن يؤدي في محل المبيع اذ العكس يستدعى نفقات طائلة . فاذا لم تكن هناك حاجة للوفاء بالتعهدين في وقت واحد وهما تعهد البائع بالتسليم وتعهد المشتري باداء الثمن رُجع للحكم العام وهو دفع الثمن في محل المشتري لأنه المتعهد

١٥٨٣ - نص القانون على حالة تأجيل الثمن فقرر بأن دفعه يكون في محل المشتري وهذا الحكم بعينه يجب أن يتبع في حالة ما اذا كان تسليم المبيع مؤجلاً والثمن حالاً لأن للمشتري أن يتمسك بنص المادة ١٧٠ القاضية بأنه اذا كان المتعهد به عبارة عن بقود فيعتبر أن الوفاء مشروط حصوله في محلى المتعهد أما لو كان التسليم واداء الثمن مؤجلين لأجل واحد كان اداء الثمن واجباً حصوله في مكان المبيع كما بينا فاذا كان الثمن حالاً فأهل البائع المشتري في ادائه مع أنه سلمه المبيع فان الثمن

يكون مستحق الاداء في مكان تسليم المبيع طبقاً لنص العبارة الأولى من المادة ٣٢٩ لأن الامهال لا يفيد ترك هذا الحق

١٥٨٤ - فيرى مما تقدم أن الشروط اما أن يكون منصوصاً عليها في العقد وحينئذ تكون قانون المتعاقدين أو غير منصوص عليها وحينئذ تتبع أحكام المادة ٣٢٩ فقرة أولى

على أنه قد يشاهد أن للعرف التجاري والعوائد الثابتة أحكام تسير عليها الناس في معاملاتهم كأن يجري العرف على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد مدة من البيع أو أن المشتري يؤدي دائماً الثمن في محل البائع . فاذا سككت المتعاقدان عن اشتراط شيء خاص بزمان ومكان دفع الثمن فيحمل سكوتها على أنها يريدان الجرى على ما يقضى به العرف لهذا نص القانون في الفقرة الثانية من المادة ٣٢٩ بأن يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري

ويؤخذ من ذلك أنه في حالة سكوت المتعاقدين يعتبر العرف الثابت فان لم يوجد يرجع الى حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٢٩ . وقدما العرف على نص القانون لأن القرائن تحمل على الاعتقاد بأن المتعاقدين أرادا اتباعه لشيوعه وثبوته

١٥٨٥ - اذا اشترط في عقد البيع أن المشتري يؤدي الثمن عند مكانه أو عند القدرة عليه أو متى شاء ونحو ذلك فهل يكون الثمن واجب الدفع حالاً أو مؤجلاً وما حد هذا الأجل

الظاهر من قصد المتعاقدين أن الثمن غير واجب الدفع حالاً والزامه بذلك يكون مخالفاً لشرط المتعاقدين غير أنه لما كان عدم تحديد أجل كذلك للدفع يعد مخالفاً لشرطهما اذ يحصل أن المشتري لا يريد الاداء مطلقاً وجب في هذه الحالة أن يعين القاضى الوقت الذى يقتضى حصول الاداء فيه وذلك قياساً على ما قرره القانون في مادة ٤٧٥ الخاصة بالعارية - أنظر بودرى فقرة ٤٩٩

ولا يصح القول بأنه يجب دفع الثمن حالاً والقاضى أن يأذن بالوفاء على أقساط

أو ببيعاد لائق لأن ذلك لا يجوز إلا للدين السيئ الحظ (مادة ١٦٨) فالمشتري الذي لا يكون في هذه الحالة يحرم من المزية التي أعطاها له البائع وهي أن يدفع عند امكانه . وغاية الأمر لما كان من اللازم منع الافراط وجب تداخل القاضى فى تعيين الوقت

١٥٨٦ - اذا بيعت جملة أشياء بثمن واحد فى أى وقت يؤدى الثمن اذا حصل التسليم على جملة دفع وفى أوقات مختلفة أيدفع المشتري جزءاً من الثمن بنسبة ما سلم اليه أولاً يدفع شيئاً حتى يتم التسليم
أما اذا نص المتعاقدان على ذلك بشروط صريحة فى العقد فالشرط يتبع . فان لم يوجد شرط فيرجع للعرف التجارى أو العوائد الثابتة

ويلاحظ هنا أن القانون المصرى لم ينص على أن اداء الثمن يكون فى الزمان الذى يحصل فيه التسليم كما نصت على ذلك مادة ١٦٥١ من القانون الفرنساوى . واستنتج الشراح من نصها على أنه اذا كان مذكوراً فى العقد أن التسليم يحصل على جملة دفع وكل دفعة يستلمها المشتري يدفع ثمنها فان كان بعض المبيع غير متفق عليه فلا يعتبر التسليم تاماً الا عند تسليم آخر دفعة وحينئذ يستحق اداء الثمن والرأى الذى يجب العمل به فى القانون المصرى هو أنه عند عدم الشرط يتبع العرف -
» مادة ٣٢٩ قرة ثانية «

١٥٨٧ - اذا أحال البائع الثمن لشخص آخر فهل يكون الثمن واجب الاداء أيضاً فى مكان تسليم المبيع عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٢٩
اذا لم يوجد شرط خاص فيرجع للحكم العام الوارد فى مادة ١٢٠ وهو الاداء فى محل المشتري لأنه المتعهد وذلك لأن الغرض من الدفع فى مكان التسليم هو الدفع لنفس البائع متى كان التسليم والاداء واجباً حصولهما فى وقت واحد اما وقد أحال البائع شخصاً يقبض الثمن فكأنه رضى بالتسليم دون الاداء

المبحث الثاني - في حبس الثمن

١٥٨٨ - إذا تعين وقت لاداء الثمن نصاً في العقد او عرفاً فالمشتري ان يحبس الثمن ويمتنع من ادائه اذا حصل تعرض له في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع او ناشئ من البائع او خشى المشتري الاستحقاق وذلك الى ان يزول التعرض او خطر الاستحقاق

وذلك ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك

أو لم يطلب البائع الثمن مع تقديم كفيل - انظر مادة ٣٣١

والحكمة في ذلك انه اذا استحق المبيع وجب على البائع رد الثمن فمن الصواب أن يحبسه المشتري اذا خشى الاستحقاق لأنه اذا أداه قد يضيع عليه الثمن والمبيع معاً اذا تم الاستحقاق وبدد البائع الثمن وليس عنده ما يفي به

١٥٨٩ - وقد اشترط القانون لجواز حبس الثمن أن يحصل تعرض للمشتري وقيد التعرض بأن يكون مبناه حقاً سابقاً على البيع . او صادراً من البائع . او كان المشتري يخشى الاستحقاق وهذه مسألة يقدرها القاضي

فاذا قام الدليل للمشتري على أن البائع لا يملك المبيع فله حبس الثمن كما له طلب ابطال البيع بحسب نص المادة ٢٦٤

١٥٩٠ - وكذلك كلما ظهر له سبب يخشى منه خطر استحقاق المبيع عليه له حبس الثمن . فاذا تبين له ان البائع مالك للشيء بشرط فاسخ وان الشرط لم يلغ جاز له حبس الثمن . مثال ذلك شراء عقار يبيع بالمرزاد الجبرى ولم يدفع البائع الثمن بأكمله ويحتمل اعادة البيع على ذمته فالمشتري حبس الثمن ولو لم يحصل فعلاً اعادة البيع الا اذا أثبت له البائع بأن السبب الذى يخشى منه قد زال

١٥٩١ - واذا تبين وجود رهن على العقار كان للمشتري حبس الثمن أيضاً لأنه يخشى خطر الاستحقاق حتى ولو كان الدائن المرتهن لم يتخذ اجراءات ما لتزع العقار

فإن مجرد وجود التسجيلات على العقار كافٍ لذلك ولو كان البائع يدعى أنه سدد الدين لأنه واجب عليه أن يطلب شطب الرهن أو يأخذ اقراراً من المرتهن بم حصوله على حقه اذ ليس للمشتري ان يقدر بنفسه قيمة التسجيلات ومجرد وجودها تهديد مجيز لحبس الثمن . ولو ادعى البائع ان الرهن العقاري باطل فلا يجبر المشتري على اداء الثمن

١٥٩٢ - والمحتال بالثمن كالحيل لأنه لا يكسب حقوقاً أكثر من الحيل ولهذا كان للمشتري أن يحبس الثمن ولا يؤديه الى المحول اليه اذا وجد شرط من شروط المادة ٣٣١

١٥٩٣ - نصت المادة ٣٣١ صراحة على ان للمشتري حبس الثمن ولم تلزمه بايداعه وعلى ذلك لا يمكن تكليفه بالإيداع في أحوال المادة ٣٣١ لأن الإيداع محله رغبة المشتري في البراءة من الثمن فأجاز له القانون أن يبقى مدينًا به وأن يحبسه بطرفه فلا يجوز تكليفه بأمر آخر لا يقتضيه نص المادة

١٥٩٤ - اذا كان المشتري أدى الثمن فحصل له تعرض أو خشي الاستحقاق لم يكن له استرداد الثمن . وانما اذا استحق عليه العقار يكون له الحق في دعوى ضمان المبيع لاستحقاقه وهي تجيز له رد الثمن والتضمينات حسب الأحوال وذلك لأن المادة أجازت له الحبس قبل اداء الثمن ولم تجز له استرداده

١٥٩٥ - اذا كان الثمن سلم لحام كلف بتحرير العقد وكان لا يزال باقياً بطرفه فهل للمشتري استرداده اذا ظهر له سبب موجب لحبس الثمن ؟

فرق الشراح بين حالة ما اذا كان البائع أعطى مخالصة للمشتري بالثمن أو لم يعطه مخالصة . ففي الحالة الأولى انتقل الثمن لملك البائع وكان أمانة تحت يد المحامي على ذمته . اما اذا لم يكن أخذ به مخالصة فهو لا يزال على ملك المشتري وتحت يد المحامي . أمانة على ذمته فله حينئذٍ حبسه

١٥٩٦ - اذا أودع الثمن ايداعاً قانونياً في صندوق المحكمة كان للمشتري

استرداده لأنه لا يزال صاحب الحق ما لم يكن هناك مانع من الرجوع بمقتضى أحكام
المادتين ٦٩٣ و ٦٩٤ من قانون المرافعات

١٥٩٧ - ان علم المشتري وقت البيع بخطر الاستحقاق لا يحرمه على وجه العموم
من حق حبس الثمن ما لم يزل سبب الحبس وذلك لأن المشتري قد يعتقد ان البائع
سيأخذ اللازم لازالة الخطر . فاذا كان المشتري يعلم ان ما اشتراه مرهون فله حبس
الثمن حتى يفك الرهن - بودرى المطول بقرة ٥١٢

١٥٩٨ - وحيث كان نص المادة ٣٣١ لا مساس له بالنظام العام فالمتعاقدین
أن يشترطاً خلاف ما قدمنا وقد أشارت الى ذلك نفس المادة صراحة فقالت
« إلا اذا وجد شرط بخلاف ذلك »

ولكن الشرط يجب أن يكون صريحاً يبيناً فقد قلنا ان المشتري قد يعلم بخطر
الاستحقاق ومع ذلك يكون له حبس الثمن . فلا يسقط حقه في الحبس حينئذٍ إلا
اذا تنازل عنه صراحة أو دلالة بأن عمل أعمالاً تفيد تنازله عن حق الحبس المذكور .
فاذا حرر البائع سندات تحت الإذن بقيمة الثمن كان ذلك دليلاً على تركه حقه في
الحبس ودفعه الثمن لحامل السند تحت الاذن أيّاً كان . وكذلك قبوله تحويل الثمن
عليه من البائع لشخص آخر اذا أفاد التحويل استبدال الدين بغيره وذلك لأن
التعهد القديم يزول وينشأ مكانه تعهد جديد

١٥٩٩ - اذا شرع المشتري في وفاء ديون الدائنين المرتهنيين بحسب أحكام
القانون وتبين له خطر الاستحقاق كان له حبس الثمن . كذلك اذا تم ترتيب درجات
الدائنين عند التوزيع فله حبس الثمن وعدم ادائه للدائنين المرتبة درجاتهم اذا حصل
له تعرض يخشى منه نزع الملك لأن تسليم الدائنين قوائم بدينهم لا يكسبهم حقاً
أكثر من البائع

١٦٠٠ - اذا اشترط في عقد بيع عدم ضمان البائع بصيغة عامة فهذا الشرط لا يمنع
المشتري من حبس الثمن لأن البائع لا يعنى بهذا الشرط من رد الثمن عند الاستحقاق

شرط عدم الضمان
لا يسقط الحبس

أما إذا ثبت في هذه الحالة علم المشتري في وقت البيع بالسبب الموجب للاستحقاق أو اشترى المبيع ساقط الخيار فليس له الحبس لأنه لو استحق العقار للزمه دفع الثمن ولو كان دفعه لم يكن له استرداده — انظر مادة ٣٠٢ أهلى وفقرة ١٥١٢ المتقدمة وما بعدها

اجبار المشتري على دفع الثمن ١٦٠١ — للبائع مع ذلك اجبار المشتري ولو كان له حق الحبس على دفع الثمن في حالتين :

الأولى — انتهاء التعرض أو زوال خطر الاستحقاق
الثانية — تقديمه كفيلًا

زوال السبب الموجب للحبس ١٦٠٢ — إذا حصل البائع على اقرار من الدائنين المرتهنين بترك حقهم في الرهن أو بفكه فلا يكون هناك موجب لحبس الثمن

كذلك إذا قدم البائع كفيلًا مقتدرًا يضمن استرداد الثمن لا يكون للمشتري صالح في الحبس لأن الاستحقاق أمر طارئ قد لا يحصل وإذا حصل فالكفيل مقتدر . وهذا ما يسميه الفقهاء بضمان الدرك فان الضامن في هذه الحالة يضمن الثمن عند استحقاق المبيع — انظر التعليق على فقرة ١٣٧٧ وفقرة ١٥٢٠

والكفيل في هذه الحالة لا يضمن غير ثمن المبيع فقط ولا يكون مسئولاً عن التضمينات التي يلزم بها البائع بحسب نص المادة ٣٠٤ وذلك لأن الغرض هو منع المشتري من حبس الثمن

١٦٠٣ — وتقديم الكفيل أمر متروك لخيار البائع فليس للمشتري أن يجبره عليه لأن له حق الحبس إذا كان الخطر موجوداً
كذلك حق الحبس أمر اختياري للمشتري فله أن يتنازل عنه ويدفع الثمن أو يودعه ولو لم يقدم له كفيل

١٦٠٤ — إذا عرض المشتري مبلغاً لوفاء دين الدائنين المسجلين فله أن يحبس الثمن عنده ليسدد دينهم ولو قدم البائع كفيلًا حتى لا يلزم بدفع الثمن مرتين

١٦٠٥ - اذا حصل التعرض أو الاستحقاق في جزء من المبيع فلا يكون للمشتري حق حبس الثمن إلا في حصة ما استحق أو حصل فيه التعرض والبائع أن يجبره على دفع ثمن هذه الحصة اذا قدم عنها كفيلاً . واذا قام نزاع بشأن تقدير هذه الحصة فصلت فيه المحاكم

١٦٠٦ - هل يترتب على حبس الثمن حبس فوائده أيضاً؟
حبس الفوائد

الرأى الراجح أنه لا يجوز حبس الفوائد لأنها في مقابل المنفعة بالمبيع الذي ينتفع به المشتري وقد فصل مع ذلك الميسو لوران فقال ان للمشتري حبس الفوائد اذا كان المبيع لا ينتج ثمرة لأن الفوائد في مقابل المنفعة ولكن بعضهم يخالف ذلك ويقول ان المشتري يتمتع بالمبيع المتمتع الممكن أثمر أو لم يثمر وعليه دفع الفوائد التي هي مقابل التمتع ولكن الآراء متفقة على أن للمشتري حبس الفوائد اذا كان العقار اغتصب منه بالقوة لأنه يكون حرم المنفعة - بودرى فقرة ٥١٩

١٦٠٧ - ليس للمحكمة بسبب عدم قيام المشتري بدفع ثمن الشيء المبيع أن ترفض طلبه تثبيت ملكيته له متى كان البائع لا يطالب بفسخ العقد لأنه ليس للبائع والحالة هذه إلا حق حبس الشيء المبيع - حكم محكمة طنطا الاستئناف الرقم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ مجموعة ٨٨ ص ١٦٩ س ٥

المبحث الثالث - في فوائده الثمن

١٦٠٨ - يستفاد من نص المادة ٣٣٠ أهلى (٤١٠ م) على أنه يحتسب للثمن فوائده في الأحوال الآتية :

- ١ - اذا حصل الاتفاق في عقد البيع على احتساب فوائده له
 - ٢ - أو كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً
 - ٣ - أو كان المبيع الذى حصل تسليمه تنتج منه ثمرات أو أرباح أخرى
- ١٦٠٩ - ويسرى حكم هذا النص على جميع البيوع مدنية كانت أو تجارية

لأنه من المقرر أن تتبع أحكام القانون المدني في المسائل التجارية ما لم يرد عنها نص مخالف في القانون التجارى ولا نص به على ذلك

١٦١٠ - وأحكام هذه المادة هي عبارة عن تطبيق للأحكام العامة من جانب وشدوذ لها من جانب آخر واليك البيان :

١ - فحالة الاتفاق على احتساب الفوائد ليست إلا تطبيقاً للقاعدة العامة بأن الاتفاق قانون المتعاقدين . ولا نزاع في أنه لا يجوز أصلاً أن يحصل الاتفاق على فوائد تزيد من ٩ في المائة سنوياً والأ كذا كان ذلك مخالفاً لنص المادة ١٢٥ ووجب على القاضى انقاص الفوائد الزائدة للحد المقبول قانوناً

٢ - أما حالة استحقاق الفوائد من وقت التكليف الرسمى فمخالفة للقاعدة العامة الواردة بمادة ١٢٤ والقاضية بأن الفوائد تستحق من وقت المطالبة الرسمية فقط أى من يوم المطالبة أمام القضاء .

ومما لا نزاع فيه أن التكليف لا يكون له مفعول إلا اذا كان الثمن مستحق الدفع حالاً أو انقضى الأجل المعين للدفع . فقبل انقضاء الأجل يكون التكليف لغواً غير معتبر حيث لا قيمة له

والمطالبة أمام محكمة غير مختصة تستوجب احتساب الفوائد لأن المطالبة تتضمن التكليف بدفع الثمن وبمجرد التكليف كاف لاحتسابها بلا مطالبة أمام القضاء

٣ - تختسب الفوائد اذا كان المبيع - قد سلم - وتنتج منه ثمرات أو أرباح أخرى . وهذان شرطان لازمان وذلك لأن في هذا النص مخالفة للحكم العام القاضى بعدم سريان الفوائد من نفسها وبقوة القانون ووجه مخالفته أن البائع يجنى ثمرة المبيع المسلم اليه أو ربحه فليس من العدل أن يستغل العقار وثمرته فيجب أن يدفع فوائد الثمن وهى مقابل الثمرة للبائع

والفوائد تستحق بمجرد كون المبيع قابلاً لإنتاج الثمر أو الربح ولو لم يجنها المشتري فعلاً كأن استلم بعد زمن جنى المحصول أو هلك الزرع بآفة سماوية أو غير ذلك

لأن النص اكتفى بأن يكون المبيع ينتج منه ثمرة أوريح
١٦١١ - ولمعرفة ما اذا كان المبيع ينتج ثمرة أولا ينتج ينبغي أن ننظر لحالته
« وقت البيع » لأنه لتفسير شروط يجب تفسيرها بحسب قصد المتعاقدين وقت
التعاقد . فاذا كان الثمن ينتج ثمرة وقت التعاقد كييع أرض مزروعة فانها تنتج ثمرة
وتستوجب احتساب الفائدة ولو هلك الزرع بعد أما اذا كان لا ينتج ثمرة الا بعد
تغيير حالته كأرض غير منزرعة أو منزل غير مؤجر لأن تأجير الأرض أو المنزل
أوزرع الأرض تغيير لحالتها التي كانت عليها وقت التعاقد
على ان هذه مسألة وقائع تقدر بمراعاة الظروف وقصد المتعاقدين وقت التعاقد
كما تقدم

١٦١٢ - وليس من اللازم الاستلام فعلاً بل الاستلام حكماً كافٍ . فاذا كلف
البائع المشتري باستلام المبيع فلم يستلمه ولا وجه له في الامتناع حقت عليه فوائد الثمن
لأن عدم تحصيل ثمرة المبيع آت من قبله - بودرى ٥٢٥ وترولونج ثمرة ٦٠٢ جزء ٢
١٦١٣ - وتسرى هذه القاعدة على البيع الحاصل بالمزاد الجبرى مادام الراسى
عليه المزاد استلم المبيع المنتج للثمرة أو الربح
١٦١٤ - اذا سلم المبيع المنتج للثمرة قبل عقد البيع فلا تسرى الفوائد الا من
تاريخ البيع لأنه قبل ذلك التاريخ لم يكن الثمن مستحقاً

اذا استلم المشتري الشيء المبيع وانتفع بغلته وبقي عليه شيء من الثمن تأخر في
دفعه فمن الواجب عليه أن يدفع فوائد هذا الباقي لأن ليس من العدل في شيء أن
يحرم البائع من غلة عقاره ومن ثمنه أيضاً - استئناف مصر الاهلية ٧ ديسمبر سنة ١٠٩٩
الاستقلال عدد ٣٥ س ٧ ص ٢٨٠

١٦١٥ - ولا يوقف سريان الفوائد المستحقة على المشتري حجز الثمن تحت
يده بمعرفة دائنى البائع ولا استبقاؤه تحت يد المشتري على ذمة الدائنين المرتهنين
للمبيع فتسليم الثمن وحده أو ايداعه هو الموقف لسريانها - أوبرى وروس ٣٩٨ ج ٤

المبحث الرابع - في فسخ البيع لعدم دفع الثمن

١٦١٦ - إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه أو عند عدم الاتفاق لم يدفعه حالاً في مكان تسليم المبيع بحسب نص المادة ٣٢٩ فيترتب على عدم قيامه بهذا التعهد أن يكون للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الزام المشتري بدفع الثمن - مادة ٣٣٢ اهل و ٤١٣ مخطط

خيار البائع
بين الفسخ
وطلب الثمن

١٦١٧ - على أن البائع ليس له الحق في هذا الخيار فقط بل له استعمال حقوق أخرى

١ - فقد تقدم أن للبائع الحق في حبس المبيع في يده إذا كان لم يسلمه للمشتري حين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن بحسب الاتفاق متى كان الثمن غير مؤجل وذلك لأن عدم قيام المشتري بالوفاء بتعهده وهو دفع الثمن يجعل البائع غير ملزم بالتسليم - أنظر مادة ٢٧٩ (٣٥٠) وقرة ١٢٧٤ المتقدمة

٢ - وللبيع أيضاً إذا لم يدفع له الثمن أن يتخذ الطرق العادية للحصول عليه فله أن يحجز على ممتلكات المشتري ويبيعها ليستوفي من ثمنها حقه وذلك بناء على أن للدائن أن يستوفي دينه من جميع أموال مدينه ولا نزاع في أنه دائن بالثمن - مادة ٥٥٥ (٦٧٩)

٣ - للبائع فوق ذلك حق امتياز على المبيع بثمنه ما دام المبيع في ملك المشتري إذا كان منقولاً مع عدم الاخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية وإذا كان المبيع عقاراً كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان التسجيل المبيع حصل على الوجه الصحيح ويكون امتياز به بحسب الدرجة التي تترتب له بناء على طلب التسجيل - مادة ٦٠١ ققرة سابقة (٧٢٧ م)

١٦١٨ - أما حق البائع في طلب الفسخ فما هو إلا تطبيق القاعدة العامة القاضية بأن الشرط الفاسخ مفترض في جميع العقود الملزمة للجانبين إذا لم يحم أحدهما بوفاء تعهده . ولكن الفسخ ليس محتمماً أي لازماً بقوة القانون في هذه الحالة بل للمتعاقد

الخيار بين إجبار التعاقد معه الذي قصر في الوفاء على تنفيذ التعهد المطلوب اذا كان تنفيذه ممكناً وبين طلب الفسخ مع التعويضات - انظر مادة ١١٧ أهلى و ١١٨٤ فرنسى ولما كان الكلام على غير الفسخ من الحقوق الأخرى خارجاً عن هذا الباب ومحله الأبواب الخاصة به فنجعل كلامنا قاصراً على الفسخ

أ - فى الأحوال التى يجوز فيها طلب الفسخ

١٦١٩ - يجوز طلب الفسخ اذا لم يدفع المشتري الثمن فى الميعاد المتفق عليه احواله جرياً على القاعدة العامة كما تقدم

وللبائع هذا الحق سواء كان البيع وارداً على منقول أو عقار لأن النص عام إلا انه فى حالة بيع المنقول يشترط لجواز طلب الفسخ أن لا يكون المبيع قد تغيرت حالته . فان تغيرت بشكل يضيع معالمة سقط حق الفسخ وبقى للبائع حق طلب إلزام المشتري بدفع الثمن . مثال ذلك شراء ألواح من الخشب صنعت دولاباً أو خيوطاً نسجت قماشاً فقد تغيرت ذاتيتها

فاذا لم تغير معالمها ولكنها الحقت بعقار كآلات زراعة أو ماشية وغيرها مما يعد ملحقاتاً بالعقار (مادة ٤) فانه يجوز طلب فسخ البيع بالنسبة لها ولو ألحقها مالك العقار به لأن هذا الإلحاق تخيل قضائى ولكنه لم يغير معالم الشئ

١٦٢٠ - والفسخ جائز فى البيوع التجارية كما هو فى البيوع المدنية وان كان له قيود فى قانون التجارة نص عليها فى المواد ٣٣٦ وما بعدها التى تتكلم على جواز استرداد وعدم استرداد البضائع المرسلة للعقلى المبيعة اليه بالكيفية المينة بها فالاسترداد نتيجة فسخ البيع طبعاً . فالأحوال التى لا يجوز فيها الرد هى الأحوال التى لا يجوز فيها الفسخ

١٦٢١ - والفسخ جائز اذا لم يدفع الثمن كله أو بعضه ولو كان الجزء الباقى

زهيداً فإن عدم الوفاء ولو ببعض التعهد مجيز للفسخ الذي لا يمنعه غير الوفاء بالتعهد ولا يقال ان الوفاء تم اذا كان بعضه ناقصاً

حتى ان عدم دفع الفوائد أو بعضها اذا كانت واجبة على المشتري تميز للبائع طلب الفسخ ولو لم يحل أجل الثمن لأن الفوائد تابعة للثمن وتعد جزءاً منه -
« انظر بودرى فقرة ٥٣٧ صحيفة ٥٦٨ »

١٦٢٢ - ومما يستثنى من ذلك البيع مقابل ايراد مرتب لمدة الحياة فانه لا يجوز طلب فسخه وانما يجوز فقط لصاحب الايراد في حالة عدم الوفاء أن يحصل على بيع أموال مدينه وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لاداء المرتبات المتفق عليها -
« مادة ٤٨٠ فقرة ثانية أهلى و ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٥٨٨ مختلط »

والحكمة في ذلك أنه بعد دفع بعض المرتبات لا يتأتى إعادة العقد الى حاله قبل التبايع اذا فسخ

١٦٢٣ - هل يجوز طلب الفسخ لعدم دفع الثمن في البيوع الحاصلة بواسطة
الفسخ
في البيع الجبرى القضاء سواء كانت جبرية او اختيارية ؟

لم يحرم القانون ذلك والشك قام من جهة ان قانون المرافعات عين طريقاً مخصوصاً لا كراه من تأخر عن دفع الثمن فقرر إعادة بيع العقار بالمزايدة على ذمة الراسى عليه المزااد الأول (مادة ٤٦٥ و ٥٧٤ مرافعات) فربما يوهم ذلك ان القانون أبدل الطريق الاعتيادى وهو طريق الفسخ بهذه الطريقة لا كراه الراسى عليه المزااد على دفع الثمن خصوصاً وان طريقها أسرع وأتبع من طلب الفسخ حتى انه ليسأهد عملاً ان أصحاب الشأن لا يحميدون عنها ولكن قرير هذا الطريق لا يستلزم ان الطريق العادى ممنوع .
يويد ذلك ان المادة ٧١٣ من قانون المرافعات الفرنسى أضافت عبارة « وذلك بدون اخلال بالطرق القانونية الأخرى »

يستند أصحاب الرأى المخالف أى القائلون بعدم جواز الفسخ على ان البيع الجبرى بيع معلق على شرط موقف وهو دفع الثمن وايفاء باقى شروط المزايدة لا على

شرط فاسخ بمعنى ان الراسى عليه المزاد لا يصير مالكا الا اذا اوفى بتعهداته ومتى لم يكن المشتري مالكا فلا محل للفسخ . وهذا رأى كانت أخذت به محكمة النقض فى فرنسا ثم عدلت عنه بحكم صادر منها فى ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ حيث قررت بأن البيع الجبرى معلق على شرط فاسخ وهو عدم دفع الثمن وذلك لما تبين لها من الخطأ فى الأخذ بالرأى الأول ومصادمة نتائجه لما يستفاد صراحة من أحكام القانون فإن نص المادة ٧١٢ من قانون المرافعات الفرنسى يقضى بأن حكم مرسى المزاد يشمل الأمر للمحجوز عليه بتخلى العقار عند اعلان الحكم أى قبل دفع الثمن . واخلاء العقار يتضمن تسليمه للرأسى عليه المزاد . ومعلوم أن التسليم لا يجوز الا اذا كان المشتري أصبح مالكا وعلى هذا يكون المشتري مالكا من وقت البيع بشرط فاسخ بمعنى أن حكم البيع يفسخ اذا لم يتم بوفاء الشروط الواجبة عليه

على أن الغرض من الفسخ غيره فى إعادة البيع . اذ الغرض من اجراءات إعادة البيع على ذمة الرأسى عليه المزاد الأول اذا لم يدفع الثمن ليس فسخ البيع لارجاع العين المبيعة للمحجوز عليه وانما بيعها ثانياً والبحث عن مشتري جديد يدفع ثمنها لأن فى ذلك فائدة لأرباب الديون . ولكن هذا لا يمنع من اتخاذ الطريق العادى لمن رأى صالحاً له فى اتخاذه

وتظهر ثمرة جواز الفسخ فى حالة ما اذا أيسر المحجوز عليه عقب بيع عقاره جبراً وصار بحال يمكنه من وفاء ديونه وكان الرأسى عليه المزاد لم يدفع الثمن فانه يجوز له طلب الفسخ واسترجاع عقاره المبيع خصوصاً اذا كان رسا مزاده بثمن بخس ولا يتأتى له ذلك بطريق طلب إعادة البيع على ذمة الرأسى عليه المزاد لعدم دفعه الثمن -
« انظر بودرى فقرة ٥٤٠ »

١٦٢٤ - وما قلناه عن البيع الجبرى ينطبق من باب أولى على بيع عقار المفلس والتناصر المنصوص عليه فى المواد من ٦١٤ الى ٦١٩ مرافعات وبيع العقار اختياراً أمام المحكمة أو يبعه بالمزاد لعدم امكان قسمته بلا ضرر المنصوص عليه فى المواد من ٦٢٠ الى ٦٢٧ مرافعات

١٦٢٥ - على أنه قد توجد أحوال لا يتأتى معها طلب الفسخ لعدم دفع الثمن كنزع ملكية عقار للمنفعة العامة فان اعتبره من الأملاك العمومية يحول دون استرجاعه بناء على طلب الفسخ لأن دعوى الفسخ متعلقة بالمصلحة الخاصة ولا يكون حينئذ للبائع غير دعوى الزام المشتري بدفع الثمن

ب - من له حق طلب الفسخ

١٦٢٦ - هذا الحق يكون للبائع فلورثته ومن قام مقامه او تنزل منزلته فلمن حول اليه الثمن أن يطلب فسخ البيع لأن دعوى الفسخ متفرعة عن الدين والفرع يأخذ حكم الأصل
واذا أدى شخص الثمن للبائع وحل محله كان له طلب الفسخ لأن له جميع حقوق البائع

ولدائى البائع أن يطلبوا الفسخ لأن لهم بمقتضى المادة ١٤١ أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه وحق الفسخ ليس ماماً بشخص البائع بل متعلق بأمواله

١٦٢٧ - ودعوى الفسخ إما أن تكون منقسمة أو غير منقسمة بحسب القواعد

اتقسام

دعوى الفسخ العامة فاذا كان المبيع لا يقبل التجزئة بحسب طبيعته أو الغرض الذى قصده المتعاقدان فلا ينقسم ويكون لأحد البائعين أن يطلب الفسخ عن المبيع كله

أما اذا كان المبيع منقسماً وهو الغالب فتكون الدعوى قابلة للتجزئة . فاذا مات البائع وترك عدة ورثة فلكل وارث أن يطلب قبل القسمة الفسخ عن حصته وبعد القسمة يكون له هذا الحق تبعاً لنصيبه فى الدين ونسبته . فاذا وقع الثمن كله فى نصيب أحد الورثة كان له وحده حق الفسخ

١٦٢٨ - قد يتأتى ان المشتري يتضرر اذا طلب أحد ورثة البائع فسخ البيع

عن نصيبه فقط فهلا يكون له الحق في طلب ادخال جميع الورثة لاسترداد جميع المبيع التضرر من فسخ
بعض المبيع
إذا ترتب على فسخ بعضه ضرر له ؟

الظاهر ان المشتري هذا الحق لأنه عند التعاقد ما كان يريد أخذ بعض المبيع
ورد بعضه فالزامه بالتجزئة فيه مخالفة للعقد خصوصاً وأنه قد يجوز استرداد الجيد وترك
الردىء فيتضرر . وقد أظهر الشارع غرضه في بعض المواضع من رفع الضرر عن
المشتري كإجازته له الفسخ فيما ظهر فيه عيب اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر
(٣١٧) وإباحته للمشتري وفاء حصة شائعة أن يلزم بائعها عند رغبته استردادها بأخذ
العين بتمامها إن كان المشتري المذكور قد اشترى الحصة الباقية طبقاً لمادة ٣٤٧

وقال بعضهم أنه لا محل للقياس لأن إغفال النص هنا مع النص في مواضع
أخرى على منح المشتري حق الزام البائع بأخذ العين بأكملها يفيد الحرمان ولكنه
رأى غير وجهه

ومقتضى الرأي الأول وهو الإباحة للمشتري ادخال جميع ورثة البائع في دعوى
الفسخ متى تبينت مصلحته من ذلك انه إذا لم يتفق الورثة على طلب الفسخ فترفض
دعواهم ولم يكن لكل وارث حينئذ غير المطالبة بنصيبه من الثمن أو طلب الفسخ عن
العقار بأكمله . وقد قيد مسيو اوبرى وزو طلب الفسخ عن العقار بأكمله بأنه يجب
على طالبه أن يكون سدد لباقي الورثة حقوقهم وبناء على ذلك يصير هو الدائن
الوحيد ولا مانع حينئذ من استعماله حق الفسخ

١٦٢٩ - أما اذا كان الذى مات هو المشتري فترك عدة ورثة فللبائع أن
يطلب الفسخ قبلهم جميعاً او يطلب الفسخ عن حصة أحدهم ولو كان الورثة باقين
على الشيوع ولم يقتسموا المبيع لأن دعواه قابلة للقسمة ولا ضرر منها على باقى الورثة
اذ البائع يكون شريكاً بالمشاع معهم بدلاً من الوارث الذى طلب الفسخ قبله

اما اذا كان اقتسم الورثة العقار فالدعوى من نفسها متجزئة ولا تقام الا على
كل وارث بالنسبة لنصيبه . فاذا وقع العقار بأكمله في نصيب وارث واحد وجهت
الدعوى عليه وحده

١٦٣٠ - وليس للبائع أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن إلا إذا كان أوفى بتعهداته . فان كان لم يقم بها كأن لم يسلم المبيع بعد تكليفه بالتسليم فليس له طلب الفسخ بناءً على ان ميعاد دفع الثمن قد حل لأن من يطالب غيره بالوفاء يجب عليه أن يبدأ به وأن لا يكون مقصراً هو نفسه . أما اذا كان له وجه في الامتناع عن التسليم بحسب المادة ٣٢٩ فلا يعد مقصراً وله طلب الفسخ

شرط جواز طلب الفسخ

ج - وجوب طلب الفسخ بواسطة المحكمة

١٦٣١ - لما كان مبنى طلب الفسخ هو الشرط المقدر والمفروض في العقود الملزمة للجانبين وجب أن يكون طلبه أمام القضاء لينظر القاضي فيما اذا كان يحكم بالفسخ في الحال أو يمنح ميعاداً للمشتري ليدفع فيه الثمن . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ٣٣٣ على أنه يجوز للمحكمة ان تعطى لأسباب قوية ميعاداً « لاحقاً » للمشتري لدفع الثمن وذلك مع وضع البيع « تحت الحراسة » اذا اقتضى الحال ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاد واحد (١)

حكمة ذلك

ويؤخذ من نص هذه المادة أن حق اعطاء الميعاد وارد على سبيل الجواز فالمحكمة منحه أو منعه بحسب الظروف ولا تعطيه إلا لأسباب قوية يتبين معها عذر المشتري

١٦٣٢ - قد نصت المادة ١٦٥٥ من القانون الفرنسي على أنه يجب الحكم بالفسخ في الحال اذا خشى البائع خطر ضياع الشيء المبيع وثمنه فاذا لم يوجد خطر جاز للقاضي منح ميعاد للمشتري

الفسخ في الحال

ولما كانت حالة الخطر مسألة تتعلق بالظروف وبمحكمة القاضي فلم يكن من ضرورة للنص عليها . في القانون المصري . فاذا رأى القاضي خطراً كأن شرع المشتري في هدم البناء الذي اشتراه أو بدأ في جني ثمار المحصول كان له أن يحكم بالفسخ في

(١) غيرنا في عبارة هذه المادة لنجعلها مطابقة للنص الفرنسي ونزيل ما بها من النقص واللبس خصوصاً قوله « تحت الحجز » فلحجز مؤدى متفقاً عليه الآن غير مؤدى الحراسة

الحال بناءً على حق الجواز الذي له وإذا أعطى ميعاداً للمشتري لدفع الثمن فيضع المبيع في عهدة حارس قضائي

١٦٣٣- إذا أعطى القاضي ميعاداً للمشتري بحسب نص المادة ٣٣٣ فلا يجوز له أن يعطى ميعاداً آخر غيره ومعنى ذلك أنه إذا انقضى الميعاد الأول ولم يدفع المشتري الثمن وجب على المحكمة أن تحكم بالفسخ

منح ميعاد
قبل الفسخ

ولم ينص القانون على ضرورة تكليف المشتري بدفع الثمن قبل مطالبته بالفسخ لأن إعلان دعوى الفسخ هو في ذاته تكليف رسمي ذو مفعول كاف لاندازه بالدفع فالمشتري حق دفع الثمن طالما أن الحكم بالفسخ لم يصدر - انظر بودري فقرة ٥٤٨ ١٦٣٤ - ولا فرق بين بيع المنقول أو العقار من جهة إعطاء الميعاد أو وضع المبيع تحت الحراسة

وغاية الأمر يجب على القاضي أن يدقق في بيع المنقول لأن الخطر فيه أكثر لسهولة انعدامه وسرعة تنقله من يد لأخرى وجواز تطبيق « قاعدة الحيازة دليل الملك » بالنسبة له كما سبق البيان في موضعه . وهذه أمور يجب على القاضي مراعاتها ١٦٣٥ - وينبني على تقرير قاعدة عدم فسخ البيع من نفسه بل بحكم المحكمة أنه يجوز للمشتري أن يدفع الثمن ما دام الحكم بالفسخ لم يصدر حتى ولو كان الدفع في أثناء إجراءات دعوى الفسخ وإنما يجب عليه أن يتحمل مصاريف الدعوى المذكورة لأنها متسببة عن تأخيرها

جواز دفع الثمن
لحين صدور
الحكم

أما إذا صدر الحكم وأصبح نهائياً فلا يجوز له دفع الثمن . فإذا كان قابلاً للاستئناف وحصل استئنافه فيجوز له دفع الثمن ما لم يكن صدر الحكم الاستئنافي لأن الاستئناف يعيد القضية لحالتها الأولى

١٦٣٦ - ولدائني المشتري ومن لهم حقوق عينية على العقار أن يدفعوا الثمن لإيقاف طلب الفسخ

١٦٣٧ - وقد حكم بأنه إذا طلب البائع من المحكمة الحكم بفسخ بيع لعدم قيام

المشتري بدفع ثمن المبيع فالمشتري أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استثنافياً وهذا الحق الذي للمشتري يرجع اليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد عن حكمها ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ لأن قبول التماس يعيد الى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض - محكمة الاستئناف الاهلية ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ٤٩ مجموعة س ٧ ص ١٠٣

د - النص على شرط الفسخ صراحة في العقد

١٦٣٨ - ان الأحكام المتقدمة مبناها جواز طلب الفسخ لعدم دفع الثمن بناءً على القواعد العامة القاضية بأن الفسخ مفترض في جميع العقود الملزمة للجانبين اذا لم يف أحدهما بتعهدده والمادتان ٣٣٢ و ٣٣٣ عبارة عن تطبيق لهذا الحكم العام غير أن المتعاقدين أن يشترطاً شروطاً خاصة تقضي بفسخ العقد اذا لم يف أحد المتعاقدين بتعهدده وهي المعبر عنها باللغة الفرنسية « *pacte Commissoire* »

وهذه الشروط إما ان تكون قاصرة على : ١ - مجرد شرط الفسخ عند عدم دفع الثمن ٢- أو ينص فيها على أن الفسخ يحصل من نفسه بحكم القانون ٣- واما أن ينص على أنه يحصل من نفسه بحكم القانون وبغير تنبيه رسمي

١٦٣٩ - الحالة الأولى - فاذا كان الشرط قاصراً على الفسخ عند عدم الدفع فليس فيه شيء جديد سوى ان المتعاقدين صرحا بما كان مقدراً دلالة في جميع العقود الملزمة للجانبين وعلى ذلك لا تتغير صفة الشرط الفاسخ ولا يتمسك به غير المتعاقد الذي أوفى بتعهدده

شرط الفسخ
فقط

١٦٤٠ - الحالة الثانية - أما اذا كان الشرط قاضياً بأنه عند عدم دفع الثمن يفسخ البيع من نفسه وبحكم القانون^(١) (*de plein droit*) ففعل هذا الشرط وما يترتب عليه من الأحكام مبين في المادة ٣٣٤ التي قضت بأنه في مثل هذه الحالة

شرط الفسخ
من نفسه

(١) لاحظ ان عبارة من نفسه سقطت من النص العربي للمادة ٣٣٤

لا يكون للمحكمة حق في أن تعطى ميعاداً للمشتري لدفع الثمن بل يفسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن بعد « التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً »

ومعنى ذلك أنه ولو اشترط فسخ البيع حتماً من نفسه وبمحكم القانون فليس لهذا الشرط من القوة ما يوهم نضه لأن البيع لا يفسخ بمجرد ترك الميعاد المتفق عليه لدفع الثمن إذ لو كان الحال كذلك لأصبح أمر كل عقد متعلقاً بمشيئة المشتري يهدمه اذا أراد بعدم وفائه بعهده مع ان الفسخ حق للبائع له ان يستعمله أو يتركه فاذا شاء طلب الفسخ واذا شاء طلب تنفيذ التعهد

فاذا اختار الأمر الأول وجب عليه أن يخبر المشتري بتنبيه رسمي برغبته في الفسخ اذا لم يدفع له الثمن حتى يكون التنبيه دليلاً قائماً بصفة رسمية على تأخير المشتري عن دفع الثمن وعلى رغبة البائع في الفسخ

ومزية هذا الشرط أن العقد يفسخ بلا ضرورة لرفع دعوى بالفسخ أمام القضاء لأن الغرض منه اجتناب بطل القضاء وما يترتب على التقاضي من المصاريف أما اذا لم ينبه البائع على المشتري بدفع الثمن فيعد ذلك رضاء ضمناً منه بإبقاء العقد وعلى ذلك يجوز للمشتري دفع الثمن ولو انقضى الأجل المحدد للدفع . أما اذا حصل التنبيه فالفسخ محتم ولا يقبل من المشتري أن يدفع الثمن ولكن يجوز له ان يدفع وقت التنبيه عليه لأنه لا يعد متأخراً وفي العادة يحدد البائع مدة للمشتري يدفع في خلالها الثمن بعد التنبيه فالمشتري ان يدفع فيها وعلى ذلك لا يفسخ البيع من نفسه إلا بعد هذا الموعد المتفق عليه — بودرى المطول فقرة ٥٥٢

١٦٤١ — الحالة الثالثة — فاذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن من نفسه وبدون احتياج الى تنبيه رسمي فقد نص عليه في العبارة الأخيرة من المادة ٣٣٤ السابقة الذكر

شرط الفسخ
من نفسه
وبغير تنبيه

وهذا الشرط يختلف عن الاشتراط السابق بزيادة عبارة « بدون احتياج الى تنبيه رسمي » . ولم ينص عليه القانون الفرنسي في مادة ١٦٥٦ المقابلة للمادة ٣٣٤ عندنا فانقسمت بشأنه اراء المحاكم والشرح -

حكمت محكمة النقض بفرنسا في ١٧ يناير سنة ١٨٣٣ (دالوز ربرتوار جزء ٤٣
فقرة ١٢٧١) بعدم صحة هذا الشرط وبأنه لا يعنى البائع من التنبيه الرسمي قبل
الفسخ . فاذا لم ينبه البائع على المشتري تنبيهاً رسمياً بالدفع لم يسقط حق المشتري في
عرض الثمن ارتكاً على ان التنبيه لم يحصل

أما الشراح فقالوا ان الشرط جائز لعدم مخالفته للنظام العام ولعدم خروجه عن
حكم المادة ١١٣٩ من القانون الفرنسي واستتجوا من ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن
يدفع الثمن بعد انقضاء الأجل المحدد للدفع اذا اراد البائع التمسك بالشرط لأن له
ان لا يتمسك به ويقبل الثمن المعروض

وقد حسم القانون المصري الخلاف ونص على هذا الأمر بصريح العبارة في
(مادة ٣٣٤ عبارة أخيرة) وعلى هذا لا يجوز للمشتري أن يدفع الثمن بعد حلول
الأجل كما لا يجوز المحكمة أن تعطيه ميعاداً للدفع والبائع لا يلزم بالتنبيه الرسمي
ولكن يلاحظ أنه اذا لم يكن مشروطاً دفع الثمن في محل البائع فلا يصح له أن
يتمسك بالشرط الفاسخ الا اذا أثبت أنه ذهب بشخصه أو بوكيل عنه الى المحل
الواجب دفع الثمن فيه (محل تسليم المبيع او محل المشتري) وطلبه فلم يدفع له لأن
هذا الشرط لا يلزم المشتري بدفع الثمن في محل البائع ولا يعد المشتري مقصراً
اذا كان لم يتخذ البائع اللازم لاستلام الثمن في المكان الواجب الدفع فيه .

وعلى هذا يجب على البائع أن يثبت أنه طلب الثمن في المكان الواجب اداؤه
فيه فلم يحصل عليه . والاثبات وان كان جائزاً بجميع الطرق القانونية الا أنه يفضل
أن يكون بتنبيه رسمي على يد محضر قطعاً للنزاع . فالتنبيه على كل حال حاصل في
الغالب والواقع ولو أنه مشروط اعفاء البائع منه للسبب الذي يبناه . ولأجل أن
يعنى البائع منه نهائياً يجب أن يشترط زيادة عن شرط عدم التنبيه أن يكون دفع
الثمن في محله أيضاً - بودرى فقرة ٥٥٣ ودوفريه بيع فقرة ٤٦٢

١٦٤٢ - ويسرى حكم هذه المادة على بيع العقار والمنقول لأن نصها عام لم

يخصص بنوع من الأنواع كما خصصت مادة ١٦٥٦ فرنسي المقابلة لها وقصرت
اشتراط الفسخ على العقار ومع ذلك فالشرح مجمعون على انه لا مانع من جواز
اشتراطه في بيع المنقول

المبحث الرابع - فيما يترتب على فسخ البيع

١٦٤٣ - ان ما سبق لنا بيانه هو كيفية طلب الفسخ لعدم دفع الثمن فوجب
الكلام على أحكام الفسخ المذكور
يتناول الكلام على هذا الموضوع بيان أحكام الفسخ بالنسبة للمتعاقدین فأحكامه
بالنسبة لعلاقتهم مع الغير لأن الفسخ يعيد المبيع الى البائع وينزعه من المشتري
ومن تلقى أى حق عيني عليه منه إذ يسرى على أحكام الفسخ هنا سائر الأحكام
العامة المترتبة على الشرط الفاسخ في العقود

أ - حكم الفسخ بالنسبة للمتعاقدین

١٦٤٤ - يترتب على فسخ البيع لعدم دفع الثمن زوال أحكام البيع وإعادة
المبيع الى الحالة التي كان عليها قبل البيع ومعنى ذلك أن أحكام البيع تزول بالنسبة
للحوادث والأعمال السابقة على الفسخ والتالية له فيعتبر البائع انه لم يرز مالكا للمبيع
والمشتري كأنه لم يشتر قط

١٦٤٥ - ويتفرع على ذلك النتائج الآتية :

أولاً - أن يسترد البائع المبيع اذا كان سله للمشتري ويرد ما قبضه من الثمن
اذا قبض منه شيئاً وبعبارة أخرى يرد كل عاقد ما أخذ

ثانياً - لما كان الفسخ يعيد الأشياء المبيعة الى حالتها الأصلية قبل البيع فللبائع أن
يطلب رد غلة العين من المشتري والمشتري أن يسترد فوائد ما دفعه من الثمن
فكل عاقد يأخذ ثمرة الشيء الذي يتعلق به

والمشتري يجب عليه رد الغلة عيناً اذا كانت لاتزال موجودة . فان استهلك أو كان باعها فيرد قيمتها تقدماً وحينئذٍ تجوز المقاصة بين قيمتها وبين الفوائد المستحقة على البائع ان كانا متساويين أو بنسبة مقدار المبلغ الأقل قيمة مع دفع الفرق

ثالثاً - يضمن المشتري قيمة التلف الحاصل للمبيع بفعله فيدفع التعويض الذي يستحق عنه . ولكن له في مقابل ذلك أن يطلب من البائع قيمة المصاريف الضرورية أو النافعة التي أنفقها على المبيع

١٦٤٦ - أ - فمن جهة التلف يكون المشتري ضامناً لما اتلف سواء انتفع من الإلتلاف كأشجار قطعها أو لم ينتفع لأنه ملزم برد المبيع بالحالة التي كانت عليها قبل البيع

وإنما يجب أن يكون التلف بفعل المشتري . فإذا كان التلف ناشئاً عن سبب طبيعي كحريق منزل بالقضاء والقدر أو هدم بناء أو تخريب أرض بسبب فيضان نهر مجاور له أو نقص قيمة أملاك بسبب هبوط الأسعار هبوطاً عاماً فلا يسأل عنها المشتري لأنها عوارض تحدث لو كان المبيع باقياً تحت يد البائع . ولما كان البائع معتبراً مالكا للمبيع وقت حصول النقص أو التلف كان الهلاك عليه

١٦٤٧ - ب - أما من جهة المصاريف التي أنفقها المشتري على المبيع فينظر لما اذا كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية

١ - فله قيمة ما أنفق من المصاريف الضرورية بأكملها لأنها كانت سبباً في حفظ المبيع وصيائه ولولاها للحقه العطب والهلاك . وقد استفاد البائع من ذلك فوجب عليه أن يدفع قيمتها

١٦٤٨ - ٢ - أما المصاريف النافعة فإما أن تكون صرفت في إقامة بناء أو غرس أشجار وإما أن تكون صرفت في تحسينات أخرى

فان كانت صرفت في إقامة بناء أو غرس أشجار وجب تطبيق أحكام المادة ٦٥ الخاصة بإحداث الغراس أو البناء في ملك الغير بمهمات وأدوات نفسه . وقد فرقت

هذه المادة بين الباني والغارس بحسن نية أو بسوء نية . وهنا يعتبر المشتري سيء النية لأنه يعلم أنه طالما أن الثمن لم يدفع فعقده غير ثابت ولا مستقر . ولهذا يجوز للبائع أن يجبره على نزع ما بنى أو غرس . فإذا لم يطلب ازلتها واختار ابقاءها دفع قيمتها مستحقة القلع أو دفع مبلغاً مساوياً لما زاد في قيمة الأرض بسبب ما حدث بها أما ما صرف في غير البناء والغراس فيجب على البائع أخذه ودفع قيمة ما زاد بسببه في قيمة المبيع . فلو كانت المصاريف أقل فلا يدفع له غير ما صرف - قارن بودرى فقرة ٥٥٩

١٦٤٩ - ٣ - أما مصاريف الزينة والكماليات فلا يلزم البائع منها شيئاً لأن المشتري إنما صرفها إرضاء لأهوائه

١٦٥٠ - وليس للمشتري حق في أن يطلب أى تعويض بسبب الزيادة الناشئة في قيمة المبيع بأسباب طبيعية كارتفاع الأسعار أو حالة الالتصاق لأنها عوارض قد تحدث لو بقي العقار تحت يد البائع الذي قد يخسر أيضاً كما قدمنا إذا تلف المبيع بهذه الأسباب

١٦٥١ - بينا أن كل جانب يرد للآخر بعض أشياء ولكن ما تكلمنا عليه هو تعويض الضرر بفرض أن البائع لم يلحقه ضرر مطلقاً . أما والفسخ نتيجة فعل المشتري لأنه لم يتم بتنفيذ تعهده من حيث دفع الثمن فوجب عليه أن يعرض البائع عن الضرر الذي يناله من جراء هذا الفسخ طبقاً لمقتضى المادة ١١٩ وذلك إذا رأت المحكمة أن هناك وجه للتعويض وكان الضرر ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء ومنسوباً لتقصير المتعهد فان الأمر موكل لتقديرها

فإذا قدر المتعاقدان التعويض في حالة عدم الوفاء بدفع الثمن فلا يسوغ للقاضي انقاص قيمة التعويض المتفق عليها عملاً بنص المادة ١٢٣ المبينة على حرية الاتفاقات وبناءً على هذا المبدأ يسوغ للمتعاقدين أن يشترطا أنه في حالة الفسخ يستحق البائع الاقساط التي دفعت من الثمن بصفة تعويض (انظر حكم محكمة أورليان

١٤ أغسطس سنة ١٨٤٥ دالوز سنة ٤٦ ص ٧٢) أو أنه لا يلزم بتعويضات في مقابل المصاريف التي أنفقها المشتري في النفقات الضرورية أو النافعة — راجع حكم محكمة رين ٣ يناير سنة ١٨٣٩ وبودرى ققرة ٥٦٠ ص ٥٩٢

ويجوز في هذه الحالة المقاصة بين التعويض الذي يلزم المشتري وقيمة المصاريف التي تلزم البائع مقابل النفقات الضرورية أو النافعة بشرط مراعاة قواعد المقاصة

ب — حكم الفسخ بالنسبة للغير

١٦٥٢ — يترتب على فسخ البيع زوال أحكامه بالنسبة للغير أيضاً كما تزول بالنسبة للمتعاقدين وذلك لأن المشتري معتبر بعد الفسخ أنه لم يملك المبيع وما دام لم يملكه فلا يجوز أن تنتقل منه إلى الغير حقوق عليه . وعلى ذلك تسقط جميع الحقوق التي تلقاها الغير منه كالبيع أو الرهن أو حق الارتفاق أو الاستعمال فللبائع حينئذٍ استرداد المبيع من الحائز له أياً كان وأخذه خالياً من كل حق عيني ترتب عليه من قبل المشتري

وبالعكس تنقضي جميع الحقوق التي تلقاها الغير من البائع في المدة التي انقضت بين تاريخ حصوله وبين فسخه وذلك لأن سرعان الشرط الفاسخ على الحوادث السابقة يجعل البائع مالكا في الوقت الذي أنشأ فيه هذه الحقوق .

١٦٥٣ — ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى المنقول المادي فان مجرد حيازته مفيدة للمالك وليس للمالك استرداده إلا في حالتي السرقة والضياع أو في حالة شرائه بسوء نية . وعلى ذلك إذا اشترى شخص بحسن نية منقولاً لم يكن لبائعه الذي طلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن أن يسترده من المشتري الثاني بناء على القاعدة السابقة — انظر المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٨٧ و ٤٦ وققرة ١١٠٦ المتقدمة

وانما يشترط في هذه الحالة أن يكون المشتري الثاني وضع يده على المنقول . أما إذا كان باقياً تحت يد المشتري الأول وحصل الفسخ جاز استرداده أي يلزم توفر

شرطى الحياة وحسن النية . ولهذا يجب على البائع متى طلب الفسخ أن يعلن المشتري الثانى بطلبه حتى اذا استلم المنقول بعد ذلك عدّ سبب النية ١٦٥٤ - كذلك اذا أخذ المؤجر للمشتري امتيازاً على المنقول المبيع إلى مستأجره عملاً بنص الفقرة السادسة من المادة ٦٠١ فان البائع لا يمكنه ان يسترد المنقول لأن حق المؤجر ممتاز عن حقه

١٦٥٥ - ويدخل فى المنقول السندات التى لحاملها فان ملكيتها تنتقل بمجرد القبض أما مجرد الحقوق أى الحقوق المعنوية او المنقولات الغير المادية فان ملكيتها لا تنتقل بمجرد القبض وعلى هذا يرى الشراح ان تسرى عليها حكم القاعدة العامة وهى جواز استردادها من أى حائز لها كالمشتري الثانى ولو كان سليم النية مثال ذلك باع شخص ديناً له فباع المشتري نفس الدين لآخر أى تنازل له عنه لآخر فطلب البائع الأول الفسخ لعدم دفع الثمن المتفق عليه ففى هذه الحالة يجوز له استرداد الدين من المشتري الثانى ولو كان سليم النية إلا اذا تبين ان المدين دفع اليه الدين فانه فى هذه الحالة لا يتأتى الاسترداد - بودرى المطول قرة ٦٢٠

١٦٥٦ - وقد بحث الشراح فيما اذا كانت دعوى الفسخ هى دعوى شخصية او عينية او مشتركة فقد اتفقت الآراء بشأنها

قال البعض انها دعوى شخصية وقال الآخرون انها دعوى مشتركة اذا رفعت على المشتري وعينية اذا رفعت على الحائز للعقار

ولكن مسيو بودرى لاحظ أنه من الخطأ القول برفع دعوى الفسخ على الحائز للعقار لأن دعوى الفسخ لا يمكن رفعها إلا على المشتري الأول للعقار وعلة ذلك انه متى اريد فسخ عقد فالفسخ لا يتأتى إلا قبل الشخص الذى أبرم هذا العقد وبعد فسخه يجوز للبائع أن يقاضى المشتري الثانى ولكن الدعوى التى ترفع على هذا المشتري وان كانوا يسمونها عادة بدعوى فسخ ولكنها تسمية خطأ اذ الحقيقة انها دعوى استرداد فان البائع عاد مالكا للمبيع فله ان يتبعه أينما وجد والدعوى التى يطلب بها

صفة دعوى
الفسخ

المبيع هي دعوى عينية فهو متفق معهم في وصفها ومخالفهم في تسميتها بأنها دعوى فسخ كذلك قال ان دعوى الفسخ هي عينية اذا كان المشتري لا يزال حائزاً للمبيع اما اذا كان باعه فالدعوى شخصية . وذلك لأنه اذا كان العقار باقياً تحت يد المشتري فيكون الغرض من الدعوى ايضاً استرجاع المبيع وهذا التفريق لا فائدة منه الا لمعرفة المحكمة المختصة ولكنه لا يترتب عليه ان يسوغ للبائع مقاضاة المشتري الثاني فليس له ان يرفع دعوى الفسخ الا على المشتري منه الذي تأخر في دفع الثمن أما المشتري الثاني فلم يلتزم قبله بشيء فلا يمكن ان يطالب الا ببرد المبيع في حالة الفسخ لأنه يعود مالكا للعقار كما بينا

١٦٥٧ - ويترتب على انه ليس للبائع غير طلب الاسترداد من المشتري الثاني تفصيل ادخال المشتري والحائز في الدعوى انه يجب ان يحكم بالفسخ اولاً قبل المشتري ومتى حكم بالفسخ طوّل الحائز للعقار برده ولكن يفضل ادخال الحائز للعقار في نفس الدعوى المرفوعة على المشتري لتصدر المحكمة حكماً واحداً قبلهما - بودري المطول فقرة ٥٦٣ ص ٦٠٠

١٦٥٨ - ومن البديهي انه اذا كان المشتري الثاني التزم قبل البائع الأول بدفع الثمن اليه وقبل البائع منه ذلك كان للبائع المذكور مطالبة المشتري الثاني مباشرة بالفسخ بناء على التزامه الشخصي قبله وعدم وفائه بتنفيذه

وفي هذه الحالة يكون الفسخ في الحقيقة متناولاً البيعين الصادر أولهما للمشتري الأول والثاني للمشتري الثاني . ويعتبر المشتري الثاني نائباً عن المشتري الأول لأنه تعهد بأن يقوم مقامه في دفع الثمن

١٦٥٩ - وقد بحث الشراح فيما اذا كان يجوز مع ذلك في هذه الحالة للبائع ان يطلب من المشتري الأول الفسخ او لا يجوز

فقالوا بأنه يجب التمييز بين حالة ما اذا قبل البائع تعهد المشتري الثاني بغير ان يقصد استبدال الدين بغيره (*Novation*) أو ما اذا كان المشتري الثاني نائباً عن

المشتري الأول ائابة تخليه من الدين (délégation) . وفي هذه الحالة لا ترفع الدعوى الا قبل المشتري الثاني .

١٦٦٠ - واذا طلب استرداد المبيع من الحائز له فلا يلزم برد ثمرته الا اذا كان سبب القصد وسوء قصده لا يظهر الا من تاريخ مقاضاة المشتري بالفسخ وادخال المشتري الثاني في الدعوى . اما قبل ذلك فيعتبر المشتري الثاني حسن النية حتى ولو كان البائع له لم يدفع الثمن لانه يجوز ان يكون معتقداً بأنه يؤديه

١٦٦١ - ولا يسأل الحائز أيضاً عن تعويضات للبائع الأول لأن منشأ هذا التعويض هو عدم قيام المشتري الأول بالتنفيذ أي أمر لا شأن له فيه كذلك لا يسأل عن تعويض ما حدث من التلف للمبيع الا اذا كان استفاد منه وانما المشتري الثاني الحق في طلب قيمة ما أنفق من المصاريف الضرورية او النافعة واذا أقام بناء او غراساً فيعتبر حسن النية . وله ان يطلب قيمة ما زاد في العقار بسببها بدون ان يكون للبائع حق في الزامه بنزعها

١٦٦٢ - يرى الشراح ان الفسخ وان كان مستقلاً لجميع الحقوق العينية الا انه لا يترتب عليه فسخ الايجار الصادر من المشتري وذلك لأن المشتري أجر بمقتضى ما له من حق الادارة فكأنه نائب عن البائع فيها

ويقيدون رأيهم هذا على الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٤٥ التي تقضى بتنفيذ الايجارات التي أجرها المشتري وفاء بدون غش بشرط أن لا تتجاوز مدتها ثلاث سنين

ولكن هذه الاجارة لا تعتبر حجة بالنسبة للبائع الا من وقت اثبات تاريخها لأن البائع أجنبي عن المتعاقدين - انظر مادة ٢٢٨

فاذا لم يكن للاجارة تاريخ ثابت عد المستأجر مستأجراً بلا عقد كتابي اي ان اجارته شفوية ويحق حينئذ للبائع ان يبنه عليه بالخروج

١٦٦٣ - اذا دفع المستأجر الايجار للمشتري فلا يجوز للبائع مطالبته به مرة

ثانية وانما له أن يرجع به على المشتري وذلك لأنه أداه لمستحقه وهو المشتري الذي اجر له - بودري المطول فقرة ٥٦٥

١٦٦٤ - وحكم بأن فسخ البيع يترتب عليه فسخ جميع الحقوق الصادرة من المشتري للغير على الشيء المبيع . اما ما ورد في القانون المختلط من ان الفسخ لا يضر بحق الدائنين المرتهنين فانما يجب تأويله بأن ذلك لا يكون الا اذا كانوا يجهلون السبب الذي تترتب عليه

لكن متى سجل عقد البيع وكان مذكوراً فيه صريحاً ان الثمن لم يدفع برمته فلا يمكن ان تضحى الحقوق المكتسبة والمحفوظة بالوجه القانوني ارضاء للدائنين المرتهنين الذين يكونون سجلوا رهنهم بعد ذلك . وعلى ذلك فلا يستطيع البائع في هذه الحالة الأخيرة ان يرفض رد المبالغ التي يكون استلمها لحسابه بدعوى حاجته اليها ليقوم بدفع الديون التي تنشأ عن رهن المشتري للعقار - محكمة الاستئناف الأهلية ١٢ أكتوبر سنة ١٩٠٤ عدد ٢٩ والمجموعة ص ٦٢ سنة ٦

١٦٦٥ - وبأن حكم الفسخ في العقود يزيل أثرها ويجعلها كأن لم تكن وعلى ذلك يترتب على المزاد الذي رسا على مشتر بناءً على إعادة البيع على ذمة الراسى عليه المزاد لعدم دفع الثمن ان الراسى عليه المزاد أولاً ولم يدفع الثمن يعتبر كأنه لم يكن مالكا للعين مطلقاً وأنه لا يجوز له أن يتمسك بحكم مرسى المزاد الذي كان صدر له لا هو ولا من تلقى الحق عنه - مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢٤٩ مجموعة أولى

١٦٦٦ - فرض القانون في المادة ٦٤٠ أهلى (٧٧٣ مختلط) على الكاتب علانية الحكم الصادر بفسخ بيع العقار أن يؤشر من تلقاء نفسه على هامش التسجيلات بالحكم الصادر بفسخ عقد البيع الذي سجل وذلك حتى يعلم الغير بأن المشتري أصبح غير مالك للمبيع

ولكن اغفال هذا التأشير لا يترتب عليه سوى تغريم الكاتب بغرامة قدرها

٥٠٠ قرش

المبحث الخامس — سقوط الحق في المطالبة بالفسخ أو تقييده

١٦٦٧ — ينقضى حق المطالبة بالفسخ بصفة مطلقة :

١ — بالتنازل عنه من البائع

٢ — بمضي المدة

ويسقط حق التمسك بالفسخ بالنسبة للغير فقط أى ينقضى بصفة نسبية في الأحوال الآتية :

أولاً — اذا سجلت التصرفات الصادرة من المشتري قبل تسجيل عقد البيع الأصلي (مادة ٦٢٠ أهلى)

ثانياً — أو حكم بأشهار افلاس المشتري قبل التسجيل المذكور (مادة ٦٢١)

ثالثاً — أو انقضى الميعاد المحدد في المادة ٦٣٥ مرافعات مختلط في حالة التنفيذ

بالحجز على العقار

رابعاً — أو بيع منقول لأجنبي حسن النية ويكون استلمه

وقد سبق الكلام على الحالة الأخيرة وهى ان الحائز للمنقول يملكه بمجرد وضع يده ولا يجوز استرداده منه الا في حالتى الضياع أو السرقة — انظر فقرة ١٦٥٤ المتقدمة ولنتكلم على الأحوال الأخرى

١ — في التنازل

١٦٦٨ — ان حق الفسخ ممنوح للبائع مراعاة لفائدته الشخصية فيجوز له ان

يتنازل عنه صراحة او دلالة

ولكن التنازل الضمنى لا يستتج الا من أعمال تدل دلالة لا ريب فيها على نية ما بعد تنازلا

البائع فى ترك حق الفسخ لأن ترك الحقوق لا يفترض

فيعتبر البائع متنازلاً تنازلاً ضمناً عن حق الفسخ اذا حجز على العقار المبيع وباعه

بالطرق القضائية لتحصيل الثمن كله أو بعضه. أو صدق على البيع الصادر من المشتري

(٧٣)

منه لآخر فتصديقه يعد تنازلاً ضمناً عن حقه في الفسخ وليس له بعد ذلك ان ينزع العقار من يد المشتري الثاني لأنه هو الذي ساعد على نقل الملك اليه

أما اذا اعان المشتري على رهن العين رهناً عقارياً او ترتيب حق ارتفاق او اي حق عيني عليها فذلك لا يعد تنازلاً تاماً عن حق الفسخ ولكنه تنازل عن بعض الحقوق المترتبة على الفسخ فإنه يفيد دلالة قبوله ابقاء هذه الحقوق العينية اذا طلب

الفسخ — بودرى فقرة ٥٦٧ وجرائمولان فقرة ١٧٦

مالاً يعد تنازلاً ١٦٦٩ — اما اذا طلب البائع اداء الثمن او حجز تحت يد الغير على قيمته او

طلب من المشتري ضامناً او رهن عقار آخر تأميناً للثمن فهذه الأعمال لا تفيد تركه لحق الفسخ إذ الغرض منها الحصول على الثمن أو اتخاذ الطرق الموصلة له ومعلوم ان للبائع دعويين أصلية وهي دعوى طلب الثمن ودعوى احتياطية وهي دعوى الفسخ . وله أن يختار أيهما شاء او يعدل عنها للأخرى متى رأى المصلحة في ذلك كهبوط الأسعار أو ارتفاعها — دوولس فقرة ٢٧٧ بيع ج ٤

كذلك اذا اتخذ البائع اجراءات لطلب الثمن من شخص اشترى من المشتري منه فذلك لا يفيد التنازل أيضاً لأنه انما يسعى في الحصول على حقه وهو الثمن — بودرى فقرة ٥٦٧ «

١٦٧٠ — وبما لا نزاع فيه ان تنازل البائع الأول عن حق الفسخ لا يترتب عليه

تنازل المشتري منه عن حق الفسخ الذي له اذا كان باع العين الى شخص آخر

ب — في مضي المدة

١٦٧١ — ان حق طلب الفسخ لعدم دفع الثمن يسقط بمضي الزمن كسائر

الحقوق وتسري عليه القواعد العامة للسقوط

وطالما ان الثمن مستحق فدعوى الفسخ قائمة بين البائع والمشتري او ورثتهما ومن

تنزل منزلتهما فلا تنتهي الا بانهاء التعهد باداء الثمن . وكل عمل يترتب عليه انقطاع

المدة بالنسبة لاداء الثمن يترتب عليه انقطاعها بالنسبة لحق الفسخ
ولكن اذا باع المشتري المبيع لشخص آخر فالمشتري الثانى يعتبر أجنبياً بالنسبة
الى طرفى العقد الأول واسترجاع العقار منه لا يكون بناءً على دعوى الفسخ بل بناءً
على دعوى الاسترداد حيث عاد الملك للبائع فله ان يطلبه من الحائز له وعلى ذلك
تسرى بالنسبة للحائز قواعد مضى المدة المكتسبة للملكية وهى اكتسابه الملك بعد مضى
خمس سنين اذا توفر السبب الصحيح وحسن النية أو خمس عشرة سنة فيما عدا ذلك
أما المنقول فتكتسب ملكيته بمجرد الحيازة — مادة ٦٠٨ وانظر فقرة ١٦٥٦
و ١٦٥٧ المقدمة

ج — عدم الاحتجاج بالفسخ على من سجل حقه العينى قبل تسجيل البيع

١٦٧٢ — لا جدال فى ان عدم علانية الفسخ بين المتعاقدين لا يترتب عليه
ضرر للمشتري لأنه لا يجهل انه لم يدفع الثمن وليس الحال كذلك بالنسبة للأجنبى.
عن العقد فيجب ان يحمى القانون له حقوقه العينية حتى لا تتأثر بالفسخ الا اذا علم
بجواز حصوله . لهذا وضع القانون الكفالات اللازمة لذلك حرصاً على حقوق الاجانب
عن العقد واستبقاء لدوام الثقة فى المعاملات

وعلى هذا الاعتبار نصت المادة ٦٢٠ (٧٤٧ مختلط) على أنه لا يجوز للبائع أن
يتمسك بحقه فى فسخ البيع قبل من سجل بموافقة الأصول حقوقه العينية التى حازها
من المشتري أو ممن انتقلت اليه حقوق المشتري قبل تسجيل عقد البيع
فاذا باع زيد عقاره لخالد فخالد قبل أن يدفع الثمن لزيد باعه ليكر وظهر أن عقد
البيع الصادر من زيد المذكور لم يسجل وأن بكرأ سجل عقد مشتراه قبل اجراء تسجيل
العقد الأول المذكور فيترتب على ذلك سقوط حقوق البائع الأصلى (زيد) قبل بكر
خصوصاً حق الامتياز الذى له بمقتضى المادة ٦٠١ (٧٢٧ مختلط) على الشئ المبيع

وحقه في الفسخ وعلى ذلك لا يمكن نزع العقار من بكر بناءً على طلب فسخ البيع الصادر لصالح زيد ما دام أن بكرًا سجل أولاً

١٦٧٣ - وبهذا المعنى حكم بأنه ليس للبائع الذي لم يستلم الثمن ولم يسجل عقد البيع الحق في أن يطلب فسخ البيع اضراراً بحقوق الدائن المرتهن الذي سجل دينه ضد مشتري العقار المبيع الذي لم يدفع ثمنه - مخطط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورالي مادة ٧٤٧ مخطط وجلاد مادة ٦٢٠

١٦٧٤ - يستخلص مما تقدم أنه يجب تسجيل عقد البيع لجواز الاحتجاج به في فسخ البيع على الغير الذي يكون تلقى حقوقاً من المشتري ولو سجل حقه المذكور ما دام تسجيله تالياً لتسجيل البيع الأصلي . وبعبارة أخرى أصبحت دعوى الفسخ مرتبطة بتسجيل العقود وتابعة له . وكذلك الحال بالنسبة لحق الامتياز الذي للبائع بمقتضى مادة ٦٠١ السابق ذكرها فراجعها

١٦٧٥ - ويستفاد من ذلك أن نص المادة ٤١٧ مخطط القاضى بأن حكم فسخ العقار بالنسبة للغير لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين الذين سجلوا رهنهم مقيد بحالة ما اذا كان تسجيل الرهن حصل قبل تسجيل البيع . فاذا سجل الدائنون المرتهنون رهنهم بعد تسجيل البيع جاز الاحتجاج عليهم بحق الفسخ - انظر جرانمولان فقرة ١٧٢ - المقود - شرح القانون المدني ودو هلس فقرة ٢٧٨ بيع جزء ٤

١٦٧٦ - ويخرج بقول القانون الحقوق العينية أصحاب الحقوق الشخصية كالدائنين العاديين فيجوز الفسخ قبلهم وكذلك ورثة المشتري فانهم يحلون محله .
وحيث إن يجوز طلب الفسخ قبلهم ولو لم يسجل البيع

والمقصود بالفسخ في المادة ٦٢٠ (٧٤٧ مخطط) الفسخ الناشئ عن عدم دفع الثمن . أما الفسخ بسبب عدم تنفيذ التعهد او وقوع حادثة علق عليها البيع فغير مقصود

هنا « قارن بودري المطول فقرة ٥٨٤ »

د — عدم الاحتجاج بالفسخ اذا أشهر افلاس المشتري

قبل تسجيل البيع

الفسخ في بيع
عقار المفلس

١٦٧٧ — يسقط كذلك حق البائع في فسخ البيع اذا لم يكن سجل عقده قبل

صدور الحكم بأشهار تفليس الحائز المبيع — انظر مادة ٦٢١ (٧٤٨ مختلط) .

حرم القانون المشتري من حق تمسكه بالفسخ اذا لم يكن سجل العقد قبل اشهار

افلاس المشتري أو الحائز للعقار ليحمى حقوق الدائنين خصوصاً وانه قضى في المادة

٢٣١ من القانون التجارى (٢٣٩ مختلط) بأن حقوق الامتياز لا يجوز تسجيلها إلا

الى يوم صدور الحكم بأشهار الافلاس فوجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لحق

الفسخ أيضاً حتى لا تنعدم الفائدة التى أرادها بحكم المادة ٢٣١ من القانون التجارى

السابقة الذكر

الفسخ
في بيع المنقول

١٦٧٨ — نصت المادة ٣٥٤ من القانون التجارى على أنه

اذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر افلاسه فلا يكون للبائع حق فى الدعوى

بفسخ البيع ولا يجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد إلا فى الأحوال التى أجازها القانون

التجارى فى المواد من ٣٧٦ الى ٣٨٩ وهى حالة ما اذا كانت البضاعة لم تسلم الى

مخازن المفلس ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته فالقانون التجارى

بنصه صراحة على جواز الاسترداد فى هذه الأحوال قبل ضمناً حق الفسخ الذى

للمشتري وبين أحوال تأثيره على الغير فالاسترداد طبعاً لا يحصل إلا بعد فسخ البيع

« راجع فقرة ١٢٨٤ المتقدمة »

ه — سقوط الحق فى الفسخ فى حالة الحجز العقارى

١٦٧٩ — نصت المادة ٦٣٥ مرافعات مختلط على أن للبائع السابق أن يطلب

فسخ البيع لعدم دفع الثمن فى مدة الثلاثين يوماً التالية لإعلان الدائنين المسجلين

وذلك بتقرير يحصل فى قلم الكتاب ويدون فى ذيل قائمة شروط البيع

فإذا لم يرفع البائع الدعوى بهذه الكيفية في الميعاد المذكور سقط حقه في طلب
الفسخ قبل من يرسو عليه المزاد

وهذا النص مستمد من القانون الفرنسي وغير وارد بالقانون الأهلي ولذلك
لا يسرى على الوطنيين فيما بينهم — انظر دوهلس فقرة ٢٧٩ بيع ج ٤ وجرانمولان
فقرة ١٧٥ وراجع تاريخه وأسبابه في بلانيول فقرة ١٥٦٨ ج ٢

ذيل — عدم إمكان الفسخ إذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة

١٦٨٠ — قدمنا في فقرة ١٦٢٥ أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة يحول دون
استعمال حق الفسخ لأن الفسخ متعلق بمصلحة المتعاقدين الخاصة ولهذا يتعلق حق
البائع بالتعويض المستحق على نزع الملك فللبائع أن يتخذ الاجراءات اللازمة للحصول
على ثمنه منه — انظر أيضاً جرانمولان فقرة ١٧٦

المبحث السادس — في فسخ البيع بالتراضي

١٦٨١ — ان ما تكلمنا عليه للآن هو الفسخ بواسطة القضاء ولكن قد يتفق
البائع والمشتري على الفسخ لعدم إمكان المشتري دفع الثمن . فهل هذا الفسخ يكون
له نتائج قبل الغير أولا

لما كان سبب الفسخ هو عدم القدرة على دفع الثمن فوجب أن تكون النتيجة
واحدة سواء كان الفسخ بالتقاضي أو بالتراضي وبذلك حكمت المحاكم ان العين تعود
لمالكها خالية من كل حق عليها

غاية الأمر أنه يجب التدقيق حتى لا يكون الغرض من الفسخ اجراء بيع جديد من
المشتري للبائع لأنه اذا كان الغرض منه بيعاً جديداً كان ناقلاً للملك والحقوق المكتسبة
للغير قبل البيع الجديد لا تزول . فاذا حصل ذلك كان غشاً وتديلاً مبطلاً للتعاقد
على الفسخ وموجباً لاعتبار هذا التعاقد بيعاً جديداً . وتقدير هذا الأمر موكل للقاضي

ومتى اعتبر التعاقد الموصوف بالفسخ بيعاً جديداً وجب تسجيله للاحتجاج به على الغير بعكس ما اذا اعتبر فسخاً

ويلاحظ هنا أن الفسخ بالتراضي لا يقيد في هامش تسجيل عقد البيع كالفسخ بالتقاضي لأن المادة ٦٤٠ (٧٧٣ مختلط) لم تحتم ذلك حيث قصرت الإلزام على الأحكام الناطقة بالفسخ لأن الفسخ بالتراضي لا يعلن لأقلام الكتاب فلا تعلم به - « انظر جرائم ولان فقرة ١٦٩ وبودرى فقرة ٥٩١ »

تنبيه - قارن هذا المبحث بباب « الاقالة » في الشريعة الاسلامية وقد تكلم عليها الزيلعي في صحيفة ٧٠ وما بعدها من الجزء الرابع

تتمة - أحكام قضائية

١٦٨٢ - ان المادة ٤١٣ من القانون المدني التي بمقتضاها يكون للبائع في حالة عدم دفع الثمن الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الحكم بالإلزام المشتري بدفع الثمن لا تنطبق الا في حالة عدم وجود شرط خاص بين المتعاقدين فإذا اشترط المتعاقدان أنه في حالة التأخير عن دفع باقي الثمن في الميعاد المحدد يكون العقد باطلاً والعربون يصير حقاً للبائع بطل الاتفاق المعقود بينهما ولا يجوز للمشتري أن يطلب تنفيذه اذا لم يكن دفع باقي الثمن في الميعاد المحدد - مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٨ ص ١٧٨ فقرة ٤٤٨٠ مجموعة ثانية

١٦٨٣ - لا حق للمشتري في حبس الثمن ارتكناً على توقيع حجز عليه تحت يده اذا كان كلف عند الحجز بإيداع الثمن في خزانة المحكمة ولا يجوز له أيضاً أن يحبس الثمن المذكور ارتكناً على وجود رهن عليه اذا كان قد أعلن بشطبه ولو كان التأشير بالشطب على هامش التسجيل لم يحصل فانه يمكنه اجراء هذا العمل بنفسه وخصم مصاريفه من الثمن - مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٧٥ فقرة ٤٤٨٣ مجموعة ثانية

١٦٨٤ - لا يعتبر تسليم الشيك الذي لم يقبله المحول عليه والمستحق الدفع

بعد عدة أيام من تاريخ تحريره دفعاً حالاً للثمن — مخطط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٢٦٨ فقرة ٤٤٧٧

١٦٨٥ — ان الشرط الوارد في عقد بيع والذي بمقتضاه ان المبيع كالأسهم والسندات يبقى في يد البائع حين دفع الثمن بتمامه اذا كان مشروطاً دفعه أقساطاً يعتبر بمثابة حق للبائع في حبس المبيع لا حق رهن لأن الرهن معناه تسليم شيء للدائن تأميناً لدينه ولا يمكن أن يعطى الشيء الذي هو سبب الدين (مقصده) تأميناً له وعلى ذلك فالشرط المذكور في عقد البيع وقاضياً بأنه عند عدم دفع قسط واحد أو عدة أقساط يكون البيع مفسوخاً من نفسه وبحكم القانون وان للبائع أن يحتسب للمشتري قيمة المبيع وقت الفسخ لا يمكن اعتباره من الشروط المحرمة بمقتضى المادتين ١٥٥ من القانون المدني و ٨٤ من القانون التجاري — مخطط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ س ١٦ ص ٧١ فقرة ٤٤٨٤ مجموعة ثانية

١٦٨٦ — اذا كانت البضاعة المبيعة معينة بالذات وبناءً على ذلك انتقلت ملكيتها للمشتري بمجرد البيع فلا يسوغ للبائع أن يتصرف فيها بحجة أن المشتري لم يقبل الكميالة المتفق على تحريرها بدفع الثمن الا اذا أثبت امتناعه عن القبول بواسطة بروتستو وكلف المشتري تكليفاً رسمياً بتنفيذ عقد الشراء . فان لم يفعل ذلك وارتفع سعر البضاعة كان البائع مسئولاً عن التعويضات — مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ س ١٦ ص ١٦٧ فقرة ٤٤٨٥ مجموعة ثانية

١٦٨٧ — اذا اشترط «أنه اذا لم يدفع المشتري باقى الثمن فى الميعاد المحدد يكون العقد باطلاً من نفسه بدون حاجة الى تنبيه رسمى أو دعوى ويضيع عليه العربون» ثم تحقق الشرط الفاسخ فيكون للبائع الحق فى أن يحفظ العربون بمجرد انقضاء الميعاد بغير أن يدفع باقى الثمن وعدم ذكر عبارة (بحكم القانون) لا أهمية لها فالعبارات المذكورة هنا تؤدى معناها — مخطط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ س ١٨ ص ٢٩ مجموعة ثانية

١٦٨٨ — ليس للبائع بحسب أحكام الشريعة الإسلامية غير حق حبس المبيع اذا كان الثمن حالاً فاذا سده للمشتري تسليماً مطلقاً من كل قيد او شرط آخر فلا

يكون له غير دعوى طلب الثمن - مخطط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦
فقرة ٤٧٣٩ مجموعة أولى

١٦٨٩ - لا تستحق التعويضات في حالة فسخ البيع إلا في حالة الضرر المحقق

لا المحتمل - مخطط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ٣٤٨ فقرة ٤٧٣٩ مجموعة أولى

١٦٩٠ - لا يعد شرطاً مخالفاً للقانون الشرط القاضي بأنه عند عدم دفع الثمن

في المواعيد يكون المشتري ملزماً برد العقار البيع وملحقاته وما يكون فيه من زرع أو
شجر أو بناء بدون أن يطالبه بقيمة هذه الزيادات أو يسترد ما دفع من الأقساط بل

يعتبر ذلك مقابل إيجار العقار - مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ س ٩ ص ٩٣ فقرة ٤٧٤٠
مجموعة أولى

١٦٩١ - لا يكلف البائع بإدخال المشتري منه مباشرة في دعوى الفسخ التي

رفعها لعدم دفع الثمن اذا كان المشتري الثاني أو الحائز للمبيع حل محل المشتري

الأصلي في تعهداته قبل البائع وعلى ذلك يكون رفع الدعوى في هذه الحالة على

المشتري الثاني أو الحائز للعقار صحيحاً - مخطط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦
فقرة ٨٧٤٣ مجموعة أولى

١٦٩٢ - طلب دفع الثمن يعتبر داخلاً ضمناً في طلب استرداد الأرض المبيعة

لعدم دفع ثمنها ويكون بمثابة طلب احتياطي لازم في حالة رفض الطلب الأصلي -

« مخطط ٣٤ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦ فقرة ٤٧٤٣ مجموعة أولى »

الفرع الثاني - في التعهد باستلام المبيع

١٦٩٣ - قلنا ان أول تعهد يلتزم به البائع هو التعهد بتسليم المبيع وهذا يستدعي

الالتزام المشتري باستلامه ويجب عليه أن يستلمه في الميعاد المحدد في العقد أو في المواعيد

المقررة بحسب العرف - مادة ٢٧٧ (٣٤٨ مخطط).

فاذا لم يُعين وقت في العقد أو لم يقض العرف بميعاد وجب أن يكون الاستلام

عقب البيع

الزام المشتري
بالاستلام

١٦٩٤ - ما هو الضمان لالزام المشتري بالاستلام ؟

أولاً - قرر القانون في المادة ٢٧١ (٣٤٢ مختلط) على ان وفاء الالتزام بالتسليم يحصل بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل فبمجرد حصول ذلك يعتبر المشتري مستلماً - راجع ما أوضحناه في فقرة ١٢١٣ المتقدمة وما بعدها وهذا هو الاستلام قانوناً فاذا لم يستلم الشيء بصفة مادية وينقله جاز للبائع اذا كان المبيع منقولاً وكان في حاجة لاختلاء المحل الذي يشغله المبيع أن يطلب من المحكمة - بعد التنبيه على المشتري بالاستلام ولم يفعل - الاذن بإيداع المبيع في مكان آخر - قارن مادة ١٢٦٤ من القانون الفرنسي

فاذا كانت العين معينة ولا يجب أولاً يمكن تسليمها في محل الدائن كعقار يجوز الحصول على تعيين حارس لها بمعرفة المحكمة - مادة ٦٩٩ مرافعات

١٦٩٥ - ثانياً - للبائع أن يطالب المشتري بتعويضات عن الضرر الناشئ عن تأخيره في استلام الأشياء المباعة اذا كان كلفه بالاستلام والتعويض اما أن يكون مقدراً جملة واحدة أو مقدراً باعتبار الأيام التي يحصل فيها التأخير - راجع حكم محكمة النقض في ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٢. دالوز ص ٢١٤ وبودوى فقرة ٥٩٤

١٦٩٦ - ثالثاً - قال شراح القانون الفرنسي بأنه يجوز للبائع أيضاً أن يطلب فسخ البيع بناء على عدم قيام المشتري بتنفيذ تعهده وهو الاستلام وذلك لأن البيع عقد ملزم للجانبين وإخلال أحدهما بتعده يميز للآخر أن يطلب الفسخ بناءً على نص المادة ١١٨٤

ولكننا في شك من هذا الرأي بحسب احكام القانون المصري على الأقل في البيع الحاضر فقد بينا في فقرة ١٢١٣ ان التخلية تسليم من البائع والتخلي قبض من المشتري فكأنه قبض المبيع واستلمه واستلامه معتبر قانوناً وتترتب عليه جميع احكام الاستلام . أما اذا تحدد للاستلام مكان وزمان معينان كأن اشترى تاجر من مصر

بضاعة من إنجلترا مشروطاً تسليمها في ميناء اسكندرية ثم امتنع عن استلامها بعد وصولها فهل يجوز الفسخ ؟ نرى أنه لا يجوز إلا متى كان داخلياً في حكم المادة ٣٣٥ التي سنتكلم عليها

١٦٩٧ - لا يجوز أن يحصل الفسخ إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة ٣٣٥ فسخ بيع المنقول (٤١٨ مختلط) وهي أنه « في بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج لتبنيه رسمي »

وحق نفس هذه الحالة لم تجعل الفسخ مبنياً على عدم الاستلام وحده كما جعلته مادة ١٦٥٧ فرنساوى بل بنته على عدم دفع الثمن وقت الاستلام مما يفيد ان الشارع المصرى لم يرد الأخذ بنظرية الفسخ لمجرد عدم الاستلام لأنها لا تستقيم مع المبدأ الذي قرره في باب التسليم

١٦٩٨ - ويشترط لتطبيق المادة ٣٣٥ شرطان :

الأول - أن يكون البيع خاصاً ببضائع أو أمتعة منقولة

الثانى - أن يحصل اتفاق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع

فاذا تحدد للاستلام ودفع الثمن ميعاد فلم يدفع المشتري الثمن فيه ويستلم المبيع متى كان منقولاً فسخ البيع من نفسه بلا حاجة للحصول على حكم بالفسخ أو للتبنيه على المشتري بالاستلام

ويعتبر البيع حينئذ كأن لم يكن ويجوز للبائع التصرف في الأشياء المبيعة مع طلب التعويضات التي تستحق بحسب القواعد العامة

١٦٩٩ - والفرق بين نص هذه المادة واحوال الفسخ التي سبق الكلام عليها انه متى توفرت شروطها تحتم الفسخ بغير مراعاة للقيود والشروط المنصوص عليها في المادة ٣٣٤ (٤١٦ مختلط)

وهذا الحق متروك لخيار البائع . فاذا رأى من مصلحته أن لا يستعمله جاز له .

ذلك وان يطلب تنفيذ العقد بالطرق المحولة له قانوناً متى رأى ان ذلك أفيد له

١٧٠٠ - والسبب في تقرير هذا النص ان اسعار المنقولات كثيرة التقلب حكته

والتغير وأقل تأخير في دفع الثمن والاستلام قد ينشأ عنه ضرر كبير . كما ان البائع

وبالأخص اذا كان تاجراً يكون قد اشترى بضاعة أخرى ويحتاج لدفع ثمنها من

جهة وان يضعها في مكان الأولى من جهة أخرى فيحتاج للمحل الموجود به المبيع . لهذا

رأى القانون أن يجعل الفسخ محتملاً بمجرد التأخير في دفع الثمن في هذه الحالة حتى

لا يتضرر البائع من البطء ومصاريف الدعوى التي يكون مضطراً لرفعها لطلب الفسخ

١٧٠١ - ويعتبر من الأموال المنقولة الأسهم والسندات التي تباع في البورصة

أو خارجها لعموم النص فيسرى عليها حكم هذه المادة

١٧٠٢ - وقد جرى القضاء في فرنسا على اعتبار حكم هذه المادة سارياً على

البيع التجاري لأن المادة لم تفرق بين البيع المدني والبيع التجاري لا سيما وان البيع

التجاري أحوج وأدعى لمثل هذا النص - انظر بودرى ققرة ٥٩٦ ص ٦٣٣

١٧٠٣ - ولما كان نص هذه المادة نصاً استثنائياً فلا يجب التوسع فيه فاذا لم يحصل عدم جواز

الاتفاق بين المتعاقدين على ميعاد للاستلام ودفع الثمن فلا يجوز الفسخ المحتم بلا تنبيه . التوسع

أو بمجرد تنبيه بغير حكم بالفسخ لأن الأصل ان الفسخ لا يحصل إلا بحكم من المحكمة

فاذا نص القانون في أحوال استثنائية على خلاف ذلك فلا يجوز التوسع في النص

الاستثنائي . وعلى هذا اذا نه البائع على المشتري بالاستلام وحدد له ميعاداً فاقضى

فلا يصح الفسخ المحتم لأن تحديد الميعاد لا يتعلق بإرادة أحد المتعاقدين بل يجب

الاتفاق عليه بينهما . اذ المسألة ليست مسألة تنبيه بل الفسخ المحتم مبنى على ان

المتعاقدين لما حددا أجلاً للاستلام ودفع الثمن قصداً بأنه بعد انقضائه وعدم دفع الثمن

يكون للبائع الحق في التصرف في الأشياء المبيعة وهذه النية لا تعرف اذا لم يكن

معين ميعاد لذلك

أما مزية التنبيه أو التكليف الرسمي فهي انه يصح للبائع أن يطالب بالتضمينات

لأنها لا تستحق إلا بعد التنبيه الرسمي - انظر مادة ١٢٠

١٧٠٤ - والميعاد المحدد عرفاً كالمحدد شرطاً لأن المتعاقدين يكونان أرادا الرجوع اليه . لأن العرف اذا كان جرى على تحديد ميعاد للاستلام ودفع الثمن فسكت المتعاقدان عن الاتفاق على خلافه يحمل سكوتهما على أنهما أرادا الميعاد الذي حدده العرف فكأنهما اتفقا عليه اتفاقاً ضمناً - انظر بودرى المطول فقرة ٥٩٨

١٧٠٥ - وتطبيقاً لهذا المبدأ قررت محكمة ديجون في ١١ فبراير سنة ١٨٣٠ دالوز سنة ٧٢ ص ١٩٣ بأن المبيع الذي يسلم مقابل دفع الثمن^(١) عند وصوله للجهة المرسل اليها يعتبر مفسوخاً حتماً من نفسه اذا لم يستلمه المشتري لأن العادة جرت بأن البضاعة المرسلة مقابل دفع ثمنها عند الاستلام تسحب في الحال ويدفع ثمنها عقب وصولها

ونص المادة ٣٣٥ لا يأبى هذا الرأي فاذا ارسلت بضاعة بطريق البوستة ومشتري تسليمها مقابل دفع ثمنها او ارسلت بالبحر مقابل دفع ثمنها في الجمر ك فلم يدفع الثمن جاز التصرف فيها

١٧٠٦ - اذا لم يرد البائع التمسك بنص المادة ٣٣٥ فيجوز له أن يجبر المشتري على الاستلام . أما المشتري فليس له أن يتمسك بنصها ويطلب الفسخ بناءً على أنه لم يستلم في الميعاد لأن التأخير في الاستلام يكون من عمله حيث لم يدفع الثمن . أما اذا كان البائع هو الذي تأخر في التسليم فالمشتري حق طلب الفسخ كما تقدم وانما يكون ذلك بواسطة المحكمة

١٧٠٧ - ويسقط حق البائع في التمسك بهذه المادة اذا كان التأخير في الاستلام بعد مضي الميعاد ناشئاً عن عمله كما اذا كان لم يستحضر المبيع أو لم يكن في وسعه تسليمه « بودرى فقرة ٦٠١ »

١٧٠٨ - ولإثبات ان التأخير من جانب البائع يجب على المشتري أن ينبه عليه

بالتسليم اذا كان واجباً حصوله في محل البائع . أما اذا كان التسليم واجباً حصوله في محل المشتري أو في محل آخر متفق عليه فلا يجوز للبائع التمسك بنص هذه المادة مادام أنه لم ينقل المبيع أو لم يعرض نقله الى المحل المتفق عليه لأنه لحد ذلك الوقت لا يعد المشتري متأخراً في الاستلام ودفع الثمن

١٧٠٩ - أما اذا كان التسبب في تأخير التسليم هو نفس المشتري لأنه لم يطلب تنفيذ التعهد فيجوز الفسخ المحتم . فقد حكم من محاكم فرنسا بفسخ البيع من نفسه في حالة اشترط فيها المتعاقدان تسليم المبيع على عدة دفع في مدة شهر وانتظر المشتري لآخر يوم ثم طلب استلام الكمية المبعة بأكملها وكان من المتعذر تسليمها

والمبيع في هذه الدعوى كان خمسمائة ألف محارة مقتضى تسليمها من ١٥ أكتوبر الى ١٥ نوفمبر باعتبار كل دفعة خمسين ألفاً فترك المشتري الميعاد يمضي ولم يطلب الاستلام . وفي آخر يوم طلب استلام المقدار بأكمله فلم يتيسر ذلك للبائع فاعتبرت المحكمة أن التأخير غير ناشئ من فعل البائع بل من فعل المشتري . وقضت بالفسخ وأيدت هذا الحكم محكمة النقض - راجع حكم النقض في ١٩ فبراير سنة ١٨٧٣ دالوز سنة ٧٣ ص ٣٠١ وبودرى فقرة ٦٠١

١٧١٠ - لا يسرى حكم هذه المادة الأعلى حالة الاتفاق على ميعاد لدفع الثمن واستلام المبيع بواسطة المشتري . أما اذا تحدد ميعاد للبائع للتسليم فلا يسرى عليه حكم هذه المادة كما يستفاد صراحة من نصها حيث قال الشارع « يكون البيع مفسوخاً حتماً اذا لم يدفع الثمن » واهمية هذه الملاحظة ان الفسخ المشار اليه في المادة تقرر لمصلحة البائع للأسباب التي سردناها آنفاً . ولذلك فليس للمشتري أن يتمسك بنصها في فسخ البيع اذا تأخر البائع في التسليم بل يرجع للقواعد العامة الواردة في مادة ٢٧٨ وقد سبق لنا شرحها في باب تسليم المبيع

١٧١١ - على أنه قد تشاهد أحياناً صعوبة في معرفة ما اذا كان الميعاد فرض

فيه الاستلام على المشتري او التسليم على البائع كأن قيل في العقد بأن التسليم يكون في ميعاد كذا

فعلى القاضى أن يفسر العقد في هذه الحالة بحسب القواعد العامة وهو البحث عن قصد المتعاقدين وفي الغالب يكون الإلزام للطرفين فعلى المشتري الاستلام وعلى البائع التسليم

وحيثئذ إذا تأخر المشتري في الاستلام ودفع الثمن جاز للبائع ان يفسخ البيع وان يتصرف في المبيع وإنما لا يجوز له ذلك اذا كان التأخير من قبله . فاذا كان التسليم واجباً حصوله في محل البائع وجب على المشتري ان يذهب لمحله وأن يدفع ثمنه ويستلمه والأجرى عليه حكم المادة ٣٣٥ .

أما اذا كان التسليم واجباً حصوله في محل المشتري فلا يعد المشتري المذكور متأخراً في الاستلام ما دام ان البائع لم يعرض عليه التسليم أو لم ينقله الى محله كما قدمنا ١٧١٢ - ويلاحظ ان الفسخ المنصوص عليه في مادة ٣٣٥ لا يسرى على حالة عدم دفع الثمن بل ينقضى لحصوله توفر شروط المادة المذكورة أما إذا تأخر المشتري في دفع الثمن أو أعسر فلم يتيسر له دفعه فلا تنطبق بل يجب على البائع ان يطلب الفسخ من المحكمة بحسب نص المادة ٣٣٢ إلا اذا وجد شرط خاص طبقاً لنص مادة ٣٣٤ مدنى



الفصل الحادى عشر

فى دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش

قوانين مصرىة

مادة ٣٢٦ أهلى — الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق الألبائع فى طلب تكملة الثمن وذلك بالنسبة للبائع ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط

مادة ٤١٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٣٧ أهلى — يسقط حق اقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين

مادة ٤٢٠ مختلط — مطابقة لها مع إضافة ما يأتى فى آخر المادة « ولا يترتب على ذلك الحق اخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة »

شريعة اسلامية

مادة ٤٣٨ مرشد الحيران — لا رد بغير فاحش فى البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال فان ثبت التفرير وتحقق أن فى البيع غبناً فاحشاً فللمغبون فسخه والغبن الفاحش فى العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

مادة ٤٣٩ منه — لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تفرير الا فى مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال

مادة ٤٤٠ منه — اذا مات المغرور المغبون بغير فاحش فلا ينتقل خيار التفرير لوارثه مادة ٤٤١ منه — المشتري المغرور المغبون بغير فاحش اذا تصرف فى بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه

تنبيه — أحكام الغبن الفاحش فى القانون الفرنسى مذكورة فى المواد من ١٦٧٤ الى ١٦٨٥ منه فمن شاء فليراجعها حيث لم تركب فائدة لنقلها هنا

المبحث الأول — عموميات

تعريف الغبن

١٧١٣ — الغبن لغة النقص فى الثمن أو فى غيره

واصطلاحاً عدم تساوى البدلين فى عقود المعاوضات فان أحد العاقدین يعطى أقل مما يأخذ والآخر يأخذ أكثر مما يعطى

وينقسم الغبن عند الفقهاء الى قسمين يسير وفاحش
فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين وقال بعضهم هو ما كان أقل من الخمس
« راجع شرح مرشد الحيران صحيفة ١٨٢ »

والغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (مادة ٤٣٨ مرشد الحيران)
أو هو ما زاد عن الخمس بحسب الرأى الثانى وهذا الرأى الذى اختاره الشارع
المصرى . أما نصاب الغبن الفاحش فى القانون الفرنسى فهو أن يكون الغبن زائداً
عن سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءاً من ثمن العقار - مادة ١٦٧٤ فرنساوى

١٧١٤ - الغبن اليسير فى القانون كما هو فى الشريعة الاسلامية لا يؤثر على حكمه والخلاف
العقود مطلقاً لأنه لا يمكن الاحتراز عنه - كذلك حكمه فى القانون فرنساوى إلا فيما
يتعلق بتصرفات الصغير (مادة ١٣٠٥ فرنساوى)

أما الغبن الفاحش فالخلاف فى تأثيره قديم فبعض الشرائع يجعل له تأثيراً
يترتب عليه فسخ العقد كالشريعة فرنساوية والبعض لا يجعل له أثراً مطلقاً كالشريعة
الألمانية والبعض يجعل تأثيره قاصراً على جواز المطالبة بتكملة الثمن فقط وهذا هو
مذهب القانون المصرى الذى قصره من جهة أخرى على بيع مال القاصر

وسبب هذا الخلاف ان نقض البيع بسبب الغبن الفاحش هادم للقاعدة القاضية
بوجوب استقرار العقود متى انعقدت صحيحة بتراض من المتعاقدين ألا ترى أنه اذا لم
تستقر العقود على قرار مكين يبعث على الطمأنينة حاق بالمعاملات خطر عظيم ووقف
تيار الحركة الاقتصادية وما تقتضيه من سرعة تداول الأموال بين الناس اذ المشتري
لا يطمئن على ما اشترى حيث لا يدري أتطيب له الصفقة فيتصرف فيها تصرف
المالك النهائى أم يحاول البائع نقضها بسبب الغبن . كذلك لا يقدم مشتري على الشراء
خشية نفس هذا السبب . ولا ملافة لذلك إلا بالأطمئنان على أن العقود لا تنقض بعد
ابرامها صحيحة خالية من العيوب المفسدة للرضاء وانها متى انعقدت كذلك استقرت
على أساس متين

ناهيك فوق هذا بأنه يلزم لمعرفة الغبن تقويم الشيء وتقويمه إنما يوكل لخبراء يقدرونه بحسب انظارهم والأنظار تختلف والتقدير في البيع والشراء نسبي محض فقد تكون زيادة الثمن أو نقصه مبنية على اعتبارات شخصية من جانب البائع أو المشتري هذا رغب في الشراء فزاد في ثمنه وذلك زهد فيه فخط منه راضياً بثمن قليل

دعت هذه الأسباب لتردد الشرائع في حكم الغبن

شريعة رومانية ١٧١٥ - فقد أجازت الشريعة الرومانية نقض العقود للغبن الفاحش في عهد
الأمبراطور ديوكليسيان ثم أبطله خلفاؤه من بعده

شريعة فرنساوية ١٧١٦ - أبطلته كذلك الشريعة فرنساوية القديمة من بعد إباحته ثم قبله
القانون الحالي بقيود وحدود تكاد تجعله في حكم العدم فلا يجوز الفسخ إلا في العقار بشرط أن يتجاوز الغبن سبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من ثمن العقار ومع ذلك يسوغ للمشتري في هذه الحالة بعد قبول دعوى الفسخ أن يحفظ المبيع ويدفع فرق الثمن بعد خصم العشر

شريعة ألمانية ١٧١٧ - أهملت الشريعة الألمانية الكلام على الغبن واتخذت لدفع ضرره
حيطة أخرى هي خير ما يتخذ لحماية الضعيف في تصرفاته وبالأخص إذا قيد إطلاقها
بعض القيود

نظر الشارع الألماني لشخص التعاقد وبحث في طريق حمايته من وجهة تحليل
أخلاقه وصفاته. من وجهة مداركه وطرق معيشته وظروف أحواله . نظر إليه بالاختصار
من وجهته الاجتماعية لا من وجهته الفردية كما نظرت إليه الشرائع القديمة فقد اقتصر
على النظر لمقدار الضرر المادي الذي يصيب المشتري من نقص الثمن واشتراط تكملة
الفرق أو الإباحة للمشتري دفعه

فقد نصت المادة ١٣٨ من القانون الألماني على بطلان كل عقد مخالف للآداب
وكذلك «كل عقد يحصل بمقتضاه شخص على منفعة مالية يتجاوز قيمتها العوض الذي
أعطاه إلى التعاقد معه متهمراً فرصة ارتباكه أو خفته أو عدم خبرته بحيث تفيد نفس

الظروف. عدم التناسب « فهذا نص يحمي الضعاف صغاراً وكباراً ورب كبير أولى بالحماية من صغير . نص لم يقتصر كما هي الحال عندنا على ابطال العقود المنافية للآداب ولا على معاقبة من يستضعف القصر ومن حكم بامتداد الوصاية عليهم ومن يستلب ما لهم لاحتياجهم او ضعفهم طبقاً لمادة ٢٩٤ عقوبات . وانما يطل كل عقد دلت ظروف انعقاده على أنه حصل بدون القيمة استضعافاً بالتعاقد معه واتهمازاً لفرصة ارتباك حاله المالية او المعاشية او عدم تجربته وخبرته او خفته وطيشه بصرف النظر عن سنه

ويشير أهل الرأي من علماء أوروبا بوجوب ادخال هذا النص في شرائعهم لأن فيه الكفالة اللازمة لمنع الغبن الفاحش في التعاقد ودرء الربا والحماية التامة للمستضعفين من الاشخاص الذين يكونون في ضائقة وتضطرم حيرتهم المالية لقبول الربا الفاحش او البيع بالثمن البخس . فهو نص مفيد لازم بينا يحفظ أهلية التعامل للضعيف الذي لا تستدعى حاله الحجر عليه والحجر لا يرغب التوسع فيه اذ هو يسط عليه حمايته من سطو طماع يريد سلب ماله وهو لا يخشى شرفاً ولا ذمة ويتحكم فيما يعطى من الربا وفيما يستلب من المال بأبخس الأثمان

لذلك وضع الشارع الالماني هذا الفعل في مرتبة واحدة مع العقود المخالفة للآداب وهي في الواقع كذلك لأنها لا تدل على خلق شريف فأى شرف في أن شخصاً ينتهز فرصة ضعف آخر فينهب منه ثروته لأن القانون لا يعاقبه ولو كان عقابه من الوجهة الأدبية والاخلاقية شديداً

أغفلت الشرائع القديمة هذه الحماية وقد تمثلت مضار الاغفال أمام أعيننا فكم رأينا وسمعنا بأن ثروة طائلة فرت من يد صاحبها بطريق من هذه الطرق فرار الماء من قبضة اليد واذا ما طعن في هذا التصرف أمام القضاء قال ناهب المال ويل للبائع علام يستند في تقض البيع أيريد الفسخ للغبن الفاحش وهو غير جائز أو البطلان لعدم الأهلية ولم يكن محجوراً عليه او الفساد لعدم الرضا وهو راض بما باع ولكن الله

عليه بأن رضائه لم يكن إلا لظروف وأحوال لولاها لما تصرف ولما تعامل
فنص القانون الألماني بحسب هؤلاء القوم دون حرمانهم من أهلية التعامل
هذا هو حكم الغبن في الشرائع الوضعية

شريعة اسلامية ١٧١٨ - أما حكمه في الشريعة الاسلامية فمختلف فيه

قال بعضهم إن الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب الفسخ للغبون مطلقاً
أى سواء صاحبه تقرير او لم يصاحبه لأن للمتعاقدين خيار الشرط بعد التعاقد وهو
خيار مشروع للتروى ودفع الغبن - زيلعى صحيفة ١٤

وقال بعضهم انه يؤثر على العقد الفساد ويوجب حق الفسخ مطلقاً سواء صاحبه
تقرير او لم يصاحبه لأنه أوجب ضرره

وقال البعض ان الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد الا اذا صاحبه تقرير
والظاهر أن هذا الرأي يرجع للرأى الأول لأن التأثير هنا للتقرير لا للغبن .

أما الرأى المعول عليه فهو ان الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد الا في مال
الصغير ومال الوقف - مادة ٤٣٩ مرشد الحيران

وسبب اجازته في مال الصغير قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن)
وليس من الحسن ادخال الغبن الفاحش في ماله

أما سبب اجازته في مال الوقف فلأنه يفتى فيه بما هو أنفع - شرح مرشد الحيران
صحيفة ١٨٣

شريعة مصرية ١٧١٩ - جرى القانون المصرى على عدم اباحة فسخ العقود للغبن ولكنه أجاز
المطالبة بتكملة الثمن في حالة بيع القاصر فقط تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية التى
تقضى بمراعاة مصلحة القاصر وبديهي ان في تكملة الثمن دفعاً للضرر

المبحث الثاني - شروط دعوى تكملة الثمن

١٧٢٠ - يشترط ان يكون في البيع : ١ - غبن فاحش ٢ - وان يكون المبيع عقاراً ٣ - وأن يكون البائع قاصراً - انظر مادة ٣٣٦ أمدى (٤١٩ مختلط)
١٧٢١ - أن يكون في البيع غبن فاحش - قدر القانون نصاب الغبن بأن يكون الشرط الاول زائداً عن خمس الثمن فان كان الخمس او أقل منه فلا وجه لطلب التكملة ولمعرفة الغبن يجب تقويم العقار بحسب حالته وقت انعقاد البيع لأنه الوقت الذي قدر المتعاقدان فيه ثمن المبيع (مادة ٢٣٥ مدنى) وقد صرحت بذلك مادة ١٦٧٥ فرنساوى

ويكون التقويم بحسب الأسعار الجارى التعامل بها وقت البيع فان كان المبيع أرضاً زراعية نظر لثمن الأطيان المجاورة لها والمعادلة معدناً وصقماً وان كانت أرضاً للبناء قوم ثمنها بحسب أثمان جهاتها ومواقعها

ويترتب على تقويم العقار بحسب حالته وقت انعقاد البيع أن يصرف النظر عن تقلب الأسعار الذى يلى ذلك صعوداً وهبوطاً وعن تغير حالة العقار زيادة او نقصاً وتعميراً أو تخريباً

فاذا تبين ان الثمن الذى دفعه المشتري لم يبلغ أربعة أخماس القيمة التى قدرها أهل الخبرة بالاعتبار السابق كان الفرق زائداً عن خمس الثمن وعد غبناً فاحشاً مستوجباً لطلب التكملة

١٧٢٢ - لا صعوبة فى التقويم بهذه الكيفية اذا كان البيع وارداً على عقد من عقود التعاوض وانما تظهر الصعوبة اذا كان عقد البيع من عقود الفرر كبيع حق الانتفاع أو بيع نصيب شريك فى شركة الى شريكه فان التقويم متعسرومن الصعب معرفة النسبة بين قيمتى التعهدين لأن حق الانتفاع ينتهى بوفاة المتفع وحياته قد تطول أو تقصر

وقد رأى بعضهم مخرجاً لذلك وهو أن يكون التقويم باعتبار أحسن الحفظ للبائع فان شوهد بعد ذلك غبن جازت المطالبة بتكملة الثمن والآ فلا

الشرط الثاني

١٧٢٣- ان يكون المبيع عقاراً - وقد خرج بذلك المنقول نفيساً كان أو خسيساً فلا تجوز فيه الدعوى بطلب تكملة الثمن . لاحظ الشارع في ذلك سرعة تقلب أسعار المنقولات بين الصعود والهبوط ومهولة نقلها من مكان كسد فيه سوقها الى مكان يروج فيه وسرعة نقلها من يد الى يد كما أراد احترام قاعدة « اليد دليل الملك »

ويرجع في تعريف العقار لنص المادتين ٢ و ٤ من القانون المدني فالعقار حقيقة كالأراضي والبرك والأشجار والحاصلات التي لم تنفصل عن الأرض والعقار حكماً كالبناء الثابت بصنع الانسان وبجاري المياه تحت سطح الأرض والطواحين والسواقي والأموال الملحقة بالعقار كآلات الزراعة وآلات المعامل وهكذا والحقوق العينية كلها عقارات اذا دخل على ثمنها الغبن جاز طلب التكملة فاذا تغيرت صفة الشيء فأصبح منقولاً كأشجار فصلت عن الأرض وآلة بخارية انقطع استعمالها أخذت حكم المنقول عند البيع

واذا اشتمل المبيع على عقار ومنقول تطلب تكملة الثمن بالنسبة للعقار فقط - فان كان ثمن العقار والمنقول مسمى جملة واحدة قسم الثمن بنسبة العقار والمنقول ثم ينظر فاذا كان في ثمن العقار غبن جاز طلب التكملة - راجع بودرى صحيفة ٧١٥

الشرط الثالث

١٧٢٤ - ويشترط أن يكون العقار المبيع مملوكاً لقاصر ويرجع في حكم القاصر وبلوغه أهلية التعامل للأحوال الشخصية التابع لها الصغير . يخرج بهذا القيد بيع عقار الرشيد وبعبارة أخرى بيع كل من كان ذا أهلية للتعامل ولكن هل يخرج بذلك بيع غير القاصر من فاقد الأهلية

قال بعضهم إن هذا الخيار ممنوع على غير القاصر من فاقد الأهلية كالمحجور عليه - راجع شرح القانون المدني صحيفة ٢٥٢

وحكمت المحكمة المختلطة في ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩ بغير ذلك حيث ساوت المحجور

عليه بالصغير في طلب تكملة الثمن - راجع مجلة التشريع والقضاء المختلط سنة أولى صحيفة ١١٥
ولكننا نرجح الرأي الأول للأسباب الآتية :

- ١ - النص صريح في قصر الدعوى على القاصر
- ٢ - أخذ الشارع المصرى هذا النص تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية وهى لا تجعل المحجور عليه كالصغير في دعوى الغبن
- ٣ - بيع المحجور عليه الصادر منه أثناء الحجر مكفول بنص المادة ١٣١ مدنى التى قضت بأن مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشاركة ولو لم يكن فيها ضرر . فان تبين ان فى البيع غبناً طلب ابطاله لمجرد اثبات عدم الأهلية وذلك طريق أسهل من طريق دعوى الغبن وليست دعوى الغبن من الدعاوى التى يرغب التوسع فيها واستنتاج أحكامها بطريق القياس . وهذه الدعوى هى فى الحقيقة أيضاً مملوكة للقاصر الاّ انه بهذه الكيفية يكون للقاصر دعويان لحماية الضرر الذى يلحقه : دعوى طلب تكملة الثمن ودعوى الابطال لعدم الأهلية

المبحث الثالث - فيمن له حق رفع هذه الدعوى

١٧٢٥ - قلنا انه يرجع لأحكام الأحوال الشخصية لمعرفة أهلية القاصر وطريق التصرف فى ماله

واقاصر اما أن يكون خاضعاً لأحكام المحاكم الشرعية او غير خاضع لها وبعبارة اخرى اما ان يكون تابعاً للمجالس الحسينية او غير تابع

فان كان من الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية فالتصرف فى ماله اما ان يكون

١ - ممن له الولاية على المال شرعاً كالأب والجد

٢ - او يكون من الوصى

٣ - او يكون من الصغير نفسه

ولكل من هؤلاء حدود وقيود فى التصرف مذكورة بالتفصيل فى مواضعها

(راجع مادة ٤٢٢ وما بعدها من كتاب الأحوال الشخصية فيما يتعلق بتصرفات الأب و ٤٥٠ وما بعدها فيما يتعلق بتصرفات الصغير وشرح ذلك للشيخ محمد زيد بك الأياني وشرح القانون المدني لفتحى باشا صحيفة ٣٠

في بيع الولى ١٧٢٦ - اذا كان البيع لأجنبي بمثل القيمة أو ييسير الغبن صح وليس للولد نقضه بعد ادراكه لصدوره عن ولاية تامة ولا موجب لنقضه - شرح الشيخ زيد صحيفة ١٢٠ ولا تتوقف صحة بيع الولى في هذه الحالة على إذن المجلس الحسبى لأن المادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية قصرت الإذن على بيع الأوصياء والقائمة والوكلاء وقد حكمت بهذا المعنى المحكمة المختلطة في حكمها الصادر في ٣ ديسمبر

سنة ١٩٠٣ - راجع ققرة ٤٤٩٤ مجموعة العشرة سنوات الثانية أما اذا باع الولى لأجنبي بفاحش الغبن فيجوز للقاصر طلب تكملة الثمن بعد بلوغه وقد كان البيع بفاحش الغبن باطلاً في الشريعة الاسلامية ولا يتوقف على اجازة الولد بعد بلوغه لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش والاجازة لا تلحقه لأن العقد باطل - راجع مادة ٤٢٠ من كتاب الأحوال الشخصية

واذا باع الولى العقار لنفسه فيجوز للقاصر اما طلب تكملة الثمن اذا كان في البيع غبن فاحش لعموم النص كما يجوز له طلب الفسخ بمقتضى المادة ٢٥٨ مدنى وذلك اذا لم يقره بعد بلوغ رشده

في بيع الوصى ١٧٢٧ - لا يجوز للوصى أن يبيع عقار أو أطيان القاصر إلا بعد الإذن بذلك

من المجالس الحسبية - راجع مادة ١٣ من الأمر العالى الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦

في بيع الصغير ١٧٢٨ - ليس في القانون نص يمنع الصغير من التبايع وانما يكون بيعه قابلاً

للبطلان من جهته بحسب نص المادة ١٣١ من القانون المدنى

وقد حكمت محكمة الاستئناف في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ بأنه اذا باع القاصر عقاراً فلا يكون بيعه باطلاً بسبب عدم أهليته ان أجاز البيع بعد بلوغه صراحة أو ضمناً كأن استأجر العقار المبيع من الذى اشتراه (مجموعة رسمية ٥٣ ص ١٢٣ من ١٠)

يستخلص من هذا أن الأحوال التي يجوز فيها طلب تكملة الثمن هي حالة بيع الولي عقار القاصر بفاحش الغبن أو حالة بيع القاصر بنفسه

١٧٢٩ - أما البيع الحاصل من الوصي بعد إذن المجلس الحسبي فنرى أنه صحيح وليس للقاصر بعد البلوغ الخيار في طلب تكملة الثمن . ووجه ذلك أنه :

أولاً - كانت تصرفات الوصي في بيع عقار القاصر قبل اصدار لأئمة المجالس الحسبية صحيحة معتبرة اذا حصلت بمسوغ شرعى ولزم الصبي حكمها ولم يكن له تقضها إلا اذا كانت بغير مسوغ شرعى . فمن باب أولى تكون صحيحة لازمة للصبي متى حصلت بعد استيفاء اجراءات أخرى وضعها القانون زيادة في الحيلة والضمان وهي الحصول على إذن المجلس الحسبي

ثانياً - ان في استئذان المجلس الحسبي وتصديقه على البيع ضماناً على أنه روعى فيه مصلحة القاصر اذ المفروض ان المجلس الحسبي لا يأذن بالبيع إلا بعد اقتناعه بصلاحيته وتأكده من الشروط الواجب تحققها لجواز البيع (راجع منشورات وزارة الحقانية الصادرة في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ وأول ديسمبر سنة ١٩١٢) والوزارة مكلفة بنص المادة الخامسة من القانون بمراقبة سير هذه المجالس

وفي هذا دليل على ان معاملة الوصي بعد الاذن من المجلس الحسبي صحيحة معتبرة ولا يجوز الطعن فيها إلا بالطرق الجائزة أمام المجلس الحسبي العالى

ثالثاً - رأى المتبع في فرنسا هو ان دعوى الغبن لا تجوز في التصرفات التي حصلت طبقاً للاجراآت القانونية لأنه متى روعيت تلك الاجراآت اعتبر العقد كأنه صادر من القاصر وهو بالغ رشده - راجع مادة ١٣١٤ من القانون الفرنساوى ومختصر بودرى صحيفة ٨٢٣ فقرة ٤ وما بعدها من تعليقات دالوز على المادة السابقة

ويستتج من الحكم الآتى أنه متى كان تشكيل المجلس الحسبي حاصلًا بصفة قانونية فأحكامه صحيحة . أما اذا كان التشكيل غير قانونى فلها الخيار في الحكم بصحة القرار أو بطلانه بحسب ما يترأى لها

فقد حكمت محكمة الاستئناف بأن للمجالس الحسبية في مصر عمل مزدوج فهي تعمل تارة عمل المحاكم النظامية الحقيقية في فرنسا وغيرها من البلدان وتعمل تارة أخرى عمل ما يسمى في تلك البلاد بمجلس العائلات

والقرارات التي تصدر من المجلس الحسبي أثناء قيامه بعمل من أعمال مجلس العائلات كالتصريح الى الوصى بالتصرف في العقارات أو رفضه لا تكون باطلة حتماً اذا كان مشكلاً بصفة غير قانونية بل لمحكمة الاستئناف السلطة المطلقة في تقدير صحة هذه القرارات فلها أن تحكم بطلانها أو بصحتها حسبما يترأى لها من أن التشكيل الغير قانوني كان نتيجة اتفاق وتدليس أو أنه نشأ عنه ضرر لعديم الأهلية أم لا

« حكم الاستئناف ١٥ مارس سنة ١٩١١ عدد ٩٤ مجموعة رسمية سنة ١٢ »

في البيع بغير اذن المجلس الحسبي ١٧٣٠ - اذا باع الوصى عقار قاصر بغير اذن المجلس الحسبي كان البيع باطلاً شكلاً أي باطلاً بطلاناً نسبياً فللقاصر أن يقره بعد بلوغه أو يطلب ابطاله . ولا يترتب على عدم اذن المجلس الحسبي ان يكون البيع غير منعقد لأن الغرض من الاذن هو حماية الصغير لا وضع شرط جديد لصحة العقد - قارن مختصر بودري صحيفة ١٢٣

١٧٣١ - يستخلص مما تقدم ان الذي يملك دعوى طلب تكملة الثمن هو القاصر وذلك اذا كان البيع صادراً منه أو من الولى بشرط ان يكون في البيع غبن فاحش . اما اذا كان البيع صادراً من الوصى فلا يحق له طلب تكملة الثمن لما قدمنا . ويرى انه في حالة حصول البيع من نفس القاصر يجوز له أن يطلب تكملة الثمن أو يطلب مباشرة ابطال البيع لحصوله من عديم الأهلية عملاً بنص المادة ١٣١ مدني

في شراء الوصى لنفسه ١٧٣٢ - اذا اشترى الوصى لنفسه مال القاصر الذي تحت وصايته وأذن به المجلس الحسبي لم يكن للقاصر خيار الغبن وانما يسوغ له ابطاله اذا لم يجزه بعد بلوغه الرشد عملاً بنص المادة ٢٥٨ مدني

حكم البيع باذن المجلس الحسبي ١٧٣٣ - والبيع الصادر من الوصى باذن المجلس الحسبي صحيح سواء حصل بالتراضي أو بالمراد العرفي او على يد المحكمة طبقاً للاجراءات المنصوص عليها في باب

بيع عقارات المفلس والقاصر — مادة ٦١٤ وما بعدها من قانون المرافعات
وهنا تجب الإشارة الى ان المجلس الحسبي العالي حكم أخيراً بوجوب حصول
بيع عقار القاصر بالطريقة المبينة في قانون المرافعات فوجب البحث فيما اذا كان هذا
التحيم الزامياً بحسب أحكام القانون او ان الأمر موكل لخيار المجلس يأمر به اذا
رأى فيه مصلحة للقاصر وكل ما في مصلحته جائز عمله . والفرق بين الرأيين عظيم إذ
لو اعتبر الرأي الأول كان كل بيع صادر بغير الطريقة المنصوص عليها في قانون
المرافعات قابلاً للبطلان لعدم استيفاء شرائطه القانونية أما اذا كان الأمر على سبيل
الخيار فلا يجوز البطلان إلا في العقود المتعلقة على هذا الشرط عند عدم استيفائه كأن
قيد المجلس البيع بالطريقة المبينة في مادة ٦١٤ فباع الوصى بغيرها
واليك ما جاء في حيثيات حكم المجلس الحسبي العالي الصادر في ١٨ فبراير
سنة ١٩١٢ (قضية نمرة ٢٩ جدول سنة ١٩١١)

« وحيث انه لما كان من الجائز أن لا يهتم الوصى بهذا البيع الاهتمام الواجب
وأن يقبل بيع العقار بثمن أقل من الثمن الحقيقي كان من فائدة القاصر الزام الوصى
باتباع الطريق التي بها يتوصل الى اكبر ثمن للعقار وهو طريق المزاد العلني المدونة
قواعده بالمواد ٦١٤ وما بعدها من قانون المرافعات لأن ذلك من متمات المسوغ
الشرعي للبيع فيجب على المجلس الحسبي حينئذٍ عند ما يرى ان المسوغ الشرعي
موجود وانه يصرح بناءً على ذلك للوصي بالبيع أن يكلفه باتباع طريق البيع بالمزاد
العلني المبينة بالمواد ٦١٤ وما بعدها من قانون المرافعات »

وحكم في ٣٠ يونيه سنة ١٩١٢ في القضية المقيدة بجدول المجلس نمرة ٤٣
سنة ١٩١٢ بهذا المعنى مستنداً على نص المادة ٦١٤ من قانون المرافعات فقد جاء
بمحيطات هذا الحكم ما يأتي :

« من حيث ان المادة ٦١٤ من قانون المرافعات صريحة في انه يجب في حالة بيع
عقار القاصر اختياراً بعد الاذن من المجلس الحسبي لوجود المسوغ أن يكون ذلك

بالطريقة المعينة بالمادة المذكورة وما بعدها فيجب تعديل القرار المطعون فيه بوضع هذا القيد في التصريح به »

والظاهر أن هذا التحميم مردود والأوفق أن يكون الأمر موكولاً للمجلس الحسبي فإن رأى أن من فائدة القاصر إلزام الوصى بإجراء البيع بحسب أحكام قانون المرافعات أمر بذلك وقيد الأذن به والأتركه يبيع بحسب الطرق العادية فقد تكون أصلح وأنفع وإليك الدلائل على تأييد ما نراه :

أولاً - يستند المجلس الحسبي العالى على نص المادة ٦١٤ من قانون المرافعات على أن هذا النص مأخوذ عن أحكام القانون الفرنساوى التى تقضى بأن يأذن مجلس العائلة بالبيع وإن تحكم المحكمة بالتصديق عليه

وقلت عبارات « الإذن وصدور الحكم » فى المادة مع أنه لم يكن وقت صدور قانون المرافعات - وبالأخص المختلط لأن النص واحد - جهة من الجهات تأذن بالبيع أو التصريح به بالنسبة للأشخاص الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية فى أحوالهم الشخصية بل كان الوصى يتصرف من تلقاء نفسه وإذا احتاج الأمر لإذن فكان القاضى الشرعى هو الذى يأذن به وهو غير ملازم باتباع قانون المرافعات وأمره فى هذا المعنى نافذ لأنه صاحب الولاية الشرعية - راجع مادة ٤٥٠ و ٤٩٣ من كتاب الأحوال الشخصية

وحيث يوجد أشخاص لهم قانون أحوال شخصية خاص فلا بد من أن يكون هذا النص موجهاً اليهم متى التأم مع قانون أحوالهم الشخصية الذى يقضى باتباع هذه الاجراءات كقانون فرنسا فإنه لا بد من إذن مجلس العائلة قبل البيع وصدور حكم بالتصديق عليه ثم ضرورة اتباع اجراءات مخصوصة لبيع مال القاصر . ولما كان بيع العقار من اختصاص المحاكم المحلية مختلطة أو أهلية اضطر الشارع لوضع قواعد لذلك حتى لا تتعطل أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب خصوصاً وأن نفس القانون المصرى هو الذى قضى صراحة باتباعها والرجوع إليها

ثانياً - كانت تصرفات الوصى في بيع عقار القاصر قبل إصدار لأئحة المجالس الحسبية صحيحة معتبرة اذا حصلت بمسوغ شرعى ولزم الصبي حكمها ولم يكن له تقضها الا اذا كانت بغير مسوغ شرعى ولم يكن مشروطاً ولا مفروضاً عليه اتباع طريق مخصوص للبيع فمن باب أولى تكون صحيحة لازمة للصبي متى حصلت بعد استيفاء اجراءات أخرى وضعها القانون زيادة في الحيلة والضمان

ثالثاً - صدرت في سنة ١٨٩٦ لأئحة المجالس الحسبية والغرض منها مراقبة الأوصياء وضمان مصلحة القصر عند التصرف في مالهم فراعته ما تقدم من الاعتبارات لأن المادة ١٣ منها لم تقيد البيع الصادر من الأوصياء بغير اذن المجلس الحسبي ولو كان الغرض تحميم البيع بحسب أحكام قانون المرافعات لنص الشارع على ذلك لأنه يعلم بأن قانون المرافعات السابق على اللائحة نص على طرق مخصوصة للبيع وما كان الأمر بمجهول لديه بل بالعكس استلقت تصرف الأوصياء نظر وزارة الحقانية في سنة ١٨٨٢ فأصدرت منشوراً في ٢٥ يناير من السنة المذكورة بينت فيه الحالة وعلقت نفاذ البيع على استئذان المجالس الحسبية التي كانت شكلت بمقتضى لأئحة ١٦ ربيع أول سنة ١٢٩٠ ولم ينص فيها على وجوب التصديق على البيع الصادر من الوصى في مال المحجور عليه

صدر بعد تاريخ هذا المنشور بزمان قليل قانون المرافعات الأهل في ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ فاستمر بعض الأوصياء على اجراء البيع بغير اذن المجلس الحسبي فعادت نظارة الحقانية وأكدت على الجهات المختصة بمنشور آخر في ٢٠ يونيه سنة ١٨٨٤ بضرورة محاسبة الأوصياء ومراقبة عدم حصول بيع أو شراء عقار القصر الا بعد اذن المجالس الحسبية وبعد ذلك صدرت لأئحة المجالس الحسبية الصادرة في سنة ١٨٩٦ فجاء نص المادة ١٣ منها مقررراً لأحكام هذه المنشورات ودالاً على أنه لم يكن من غرض الشارع حينئذ إحالة هذه البيوع على المحاكم لتحصل بواسطتها طبقاً للاجراآت المينة بقانون المرافعات

رابعاً - مما يؤيد استنتاجنا أن الشارع ساوى بين حكم الإذن بالبيع والإذن بالرهن أو الشراء في المادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية فالرهن والشراء صحيحان بمجرد الإذن بهما من المجلس الحسبي فلا معنى لتعليق البيع وهو وارد معهما في نص واحد على شرط حصوله بطريق مخصوص وهو طريق الزايدة على يد المحكمة مع أن الضرر من الرهن أو الشراء محتمل أيضاً فقد يشتري الوصي بثمن زائد عن القيمة أو يرهن بشروط مضرة بالقاصر والغرض رفع الضرر

خامساً - ليس من مصلحة القاصر استازام البيع بحسب احكام قانون المرافعات لأن في ذلك اتباع اجراءات طويلة وصرف رسوم باهظة لبيع عقار قد يكون قليل الأهمية وربما كان يبعه بالتراضي أسرع وأفضل

سادساً - في النص الوارد بالمادة ١٣ من اللائحة تعديل لطريقة قانون المرافعات لمن قال بضرورة لزومها بالنسبة للخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية لأنها تالية للقانون نخرج من هذا على ان المقصود بالمادة ٦١٤ هو مراعاة حكمها بالنسبة للأشخاص الذين تقضي أحكام احوالهم الشخصية بالبيع على يد المحكمة او في الأحوال التي ترى المجالس الحسبية فيها ان من مصلحة القاصر لأهمية العقارات المباعة اتباع تلك الاجراءات والفرق بين الإلزام والتخيير كما بينا كبير^(١)

هذا رأينا بسطناه للفت نظر الشارع اليه بمناسبة شروعه في تعديل قانون المجالس الحسبية وقانون المرافعات . ولنعهد الى اتمام موضوعنا الأصلي

(١) عقب نشر هذا البحث بالصحف اليومية عثرت في جريدة البورص الجبسيان اليومية (عدد ٤ مايو سنة ١٩١٥) والتي تصدر باللغة الفرنسية على حكم من المحكمة المختلطة موافق لما رأيناه وهذا نصه : إن المادتين ٦١٤ مرافعات أهلى و ٧٠٤ مرافعات مختلط لا تقيد مطلقاً ان مال القاصر لا يمكن بيعه الا بالمزاد وتأويلها كذلك يؤدي لخالفه أحكام الشريعة الاسلامية التي تقضى بأن لوالد الصغير أن يتصرف في مال ابنه الصغير بكل التصرفات

وعلى ذلك يتعين أن يكون القصد من هذه المواد كما هو المفهوم مع ذلك من نفس ألفاظها انه اذا تعين أن يحصل بيع مال القاصر بالمزاد العام (اما لأن قانون أحواله الشخصية يقضى بذلك واما لأن السلطة المختصة أمرت به لأنه في مصلحة القاصر) فالاجراءات التي تتبع هي المنصوص عنها بالمواد السابق ذكرها (محكمة اسكندرية المختلطة دائرة ثانية برئاسة المسيو دالبويم)

١٧٣٤ — مما لا جدال فيه ان الغبن الزائد عن خمس ثمن العقار لا يستوجب الفسخ وانما يجوز طلب تكملة الثمن — راجع للمادة ٣٣٦ وحكم المحكمة المختلطة في ٢٠ مايو سنة ١٨٩٥ سنة ٧ ص ٣١٩ و ٤ يناير سنة ١٩٠٠ سنة ١٢ ص ٦٨

١٧٣٥ — والخيار في الدعوى للبائع لا للمشتري . فليس للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن أو الفسخ لزيادته وقد حكمت المحكمة المختلطة بعدم قبول دعوى المشتري في هذه الحالة (راجع حكم ٧ يناير سنة ١٨٩١ فقرة ٤٧٥٣ مجلد ثانٍ) والسبب في ذلك ان المشتري لا يحتاج للحماية لأنه ليس مضطراً للشراء كما يضطر البائع للبيع

المبحث الرابع — فيمن ترفع عليه الدعوى

١٧٣٦ — ترفع دعوى تكملة الثمن على المشتري أو ورثته من بعده حتى ولو باع المشتري العقار أو تصرف فيه ما دام الحق بالمطالبة لم يسقط

١٧٣٧ — وهذه الدعوى قابلة للتقسام لأن موضوعها المطالبة بمبلغ من النقود أى بشئ قابل للقسمة وعلى هذا يجوز مطالبة كل وارث بحصته في الغبن

١٧٣٨ — ودعوى تكملة الثمن هي دعوى شخصية لأعينية لأن الغرض منها المطالبة بمبلغ من النقود ولا تتعلق بشخص البائع ولذلك يجوز لدائنيه ان يقيموها باسمه

١٧٣٩ — تسقط الدعوى بمضى سنتين من بلوغ رشد القاصر أو وفاته بسنتين ^{سقوطها} وذلك لأن انقضاء هذا الزمن يغير رفع الدعوى والمطالبة بالفرق يعد اجازة ضمنية بالبيع ورضاء بثمنه — انظر مادة ٣٣٧ أهلى (٤٢٠ مختلط)

ومدة السنتين هذه مأخوذة من القانون الفرنساوى . والحكمة من قصر الزمن وجعله سنتين . فقط الرغبة في سرعة تخلص المشتري من الريبة التي تحيط بالعقد

والتعجيل بإزالة تخوفه من جهة مطالبته بفرق الثمن

١٧٤٠ — وهذا الزمن لا يوقف متى ابتداء سريانه فيسرى على الورثة ولو كانوا سريان المدة

قصر وعلى البائع الصغير ولو حجب عليه بعد بلوغ رشده

وقد حكمت بذلك المحكمة المختلطة بحكمها الصادر في ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩
الوارد ببورلى تعليقاً على مادة ٤١٩ فقد قضت بأن مواعيد السقوط لا توقف ولا
تقطع لأي سبب كان ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك ولا نص بهذا
المعنى — جنيات حكم الاستئناف ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩ مجلد أول سنة ٨٩ و ٩٠

١٧٤١ — اذا كان القاصر من غير الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية فيسرى
على تصرفه وتصرف من لهم حق الولاية على ماله أحكام الأحوال الشخصية التابع
لها . فاذا قررت اجراءات مخصوصة فروغيت في البيع كان البيع صحيحاً لا يترتب
عليه المطالبة بتكملة الثمن والآجارت المطالبة به في غير ذلك من الأحوال

القاصر غير
الخاضع للمحاكم
الشرعية

الفصل الثاني عشر

في بيع الوفاء

سريعة اسلامية

مادة ٤٥٤ مرشد الحيران — بيع الوفاء
هو أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط
أن البائع متى رد الثمن الى المشتري أو أداء
الدين الذي له عليه يرد له العين المبيعة وفاء
مادة ٤٥٥ منه — لا يجوز للمشتري
وفاء أن ينتفع بالبيع الا بأذن البائع ويضمن
ما أكله بغير اذنه من ثمرة أو ما ألقه من شجرة
مادة ٤٥٦ منه — لا يجوز للبائع أو
المشتري أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر
فلو باعها البائع لآخر يبعاً باتاً توقف البيع على
انجازه مشتريها وفاء ولو باعها المشتري فللبائع أو
ورثته حق استردادها ويكون للمشتري إعادة
يده عليها حتى يستوفى دينه
مادة ٤٥٧ منه — اذا قبض المشتري

قوانين مصرية

مادة ٣٣٨ أهلى — ينقسم بيع الوفاء
الى نوعين

الأول — جعل العقار أو الشيء المبيع
بيع وفاء رهناً للمشتري لسداد الدين
الذي على البائع

الثانى — البيع مع اشتراط البائع
استرداد المبيع وإعادة الأشياء الى الحالة
التي كانت عليها أولاً اذا أحب ذلك

مادة ٤٢١ مختلط — مطابقة لها

المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع وتوافق
البائع مع المشتري على أن يرد له المبيع اذا ارد
له نظير الثمن في وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع
البائع من رد نظير الثمن للمشتري يؤمر البائع
بيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه فاذا امتنع باع
الحاكم عليه

مادة ٤٥٨ منه — اذا هلك المبيع وفاء
وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع
سقط الدين في مقابلته وان كانت قيمته أقل
من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته
واسترد المشتري الباقي من البائع

مادة ٤٥٩ منه — اذا هلك المبيع وفاء
في يد المشتري وكانت قيمته زائدة عن مقدار
الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين
وضمن المشتري الزيادة ان كان هلاك المبيع
بتعديه وان كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة
مادة ٤٦٠ منه — اذا مات أحد المتبايعين
وفاء تقوم ورثته مقامه في أحكام الوفاء
مادة ٤٦١ منه — ليس لسائر الورثة أن
يزاحوا المشتري في المبيع وفاء حتى يستوفى
دينه من المبيع

قانونه فرنسارى

مادة ١٦٥٩ منه — بيع الوفاء هو عقد
بمقتضاه يحفظ البائع لنفسه الحق في استرداد
المبيع مقابل رد أصل الثمن والمصاريف المذكورة
في مادة ١٦٧٣

مادة ١٦٦٠ منه — لا يجوز اشتراط
حق الاسترداد لمدة تزيد عن خمس سنين
فاذا حصل الاشتراط على مدة أزيد من
ذلك يصير تنزيلها الى الأجل المذكور
مادة ١٦٦١ منه — الميعاد المحدد محتم
ولا يجوز للقاضي اطالته

مادة ١٦٦٢ منه — اذا قصر البائع في
طلب الاسترداد في الأجل المحدد تبقى الملكية
للمشتري بصفة نهائية

(٧٧)

مادة ٣٣٩ أهلى — تتبع في النوع
الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة
برهن العقار أو المنقول وفي النوع الثانى
من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية

مادة ٤٢٢ مختلط — مطابقة لها مع
حذف ما في المادة ابتداءً من « وفي
النوع الثانى »

مادة ٤٢٣ مختلط — وفي النوع الثانى
من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية وهى :
في حالة الاشتباه يعتبر البيع في مقام
رهن اذا كان الثمن مدفوعاً فوراً أو
صارت المقاصة فيه بدين سابق أو اشترط
رده مع فوائده أو أبقى الشيء المبيع تحت
يد البائع بأى وجه كان

وفي غير ذلك يعتبر البيع بتاً وكل
دليل ثبوت مناف لما ذكر يقبل بدون
مراعاة لنص المشاركة

مادة ٣٤٠ أهلى — بمجرد بيع الوفاء
يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط
الاسترداد بمعنى أنه اذا لم يوف البائع بالشروط
المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري
وأما اذا صار توفية الشروط المذكورة
يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملكية البائع

مادة ٤٢٤ مختلط - مطابقة لها مع
اضافة ما يأتي في آخر الفقرة الثانية « انما
تراعى مع ذلك الضوابط المقررة في باب
التسجيلات بشأن الحقوق المترتبة على
العقار لغير المتعاقدين »

مادة ٤٢٥ مختلط - اذا لم يشترط
حق الاسترداد في عقد البيع فمن صار له
ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكا بالثاني
الأ من اليوم الذى حصل فيه شرط
الاسترداد

مادة ٣٤١ أهلى - لا يجوز للبائع
أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد
على خمس سنين من تاريخ البيع وكل ميعاد
أزيد من ذلك يصير تنزيهه الى خمس سنين

مادة ٤٢٦ مختلط - مطابقة لها مع
استبدال كلمتى خمس سنين بكلمة سنتين
مادة ٣٤٢ أهلى - الميعاد المذكور
محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط
حق الاسترداد ولا يجوز للمحكمة أن تحكم
بعدم سقوط الحق المذكور في أي حال
من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة

مادة ٤٢٧ مختلط - مطابقة لها

مادة ٤٢٨ مختلط - تطويل الميعاد

مادة ١٦٦٣ منه - يجرى الأجل المحدد
قبل أى شخص ولو كان قاصراً وانما للقاصر أن
يرجع على المسئول عن ذلك قانوناً

مادة ١٦٦٤ منه - يجوز للبائع وفاء ان
يطلب الاسترداد من المشتري الثانى حتى ولو
كان حق الاسترداد لم ينص عليه في العقد الثانى
مادة ١٦٦٥ منه - للمشتري وفاء أن
يستعمل جميع الحقوق التى لبائعه ويمتلك العين
بعضى المدة قبل المالك الحقيقى وقبل أى شخص
يتمسك بحق عيني أو رهن المبيع

مادة ١٦٦٦ منه - وله ان يتمسك قبل
دائى البائع باستيفاء ديونهم من أملاك البائع أولاً
مادة ١٦٦٧ منه - اذا اشترى شخص
شراء وفاء جزءاً مشاعاً من ملك ثم اضطر لأخذ
الباقى بالمرزاد بناء على طلب يبعه لعدم امكان
قسمته جاز له ان يلزم البائع باسترداد العين بتمامها
اذا أراد استعمال حقه المشروط له في الاسترداد
مادة ١٦٦٨ منه - اذا باع عدة
أشخاص مائة وبمقد واحد ملكاً مشتركاً بينهم
فلا يجوز لكل واحد منهم أن يطلب الاسترداد
الا في حصته

مادة ١٦٦٩ منه - ومثل ذلك في الحكم
ما اذا باع شخص واحد ملكاً له ثم ترك عدة
من الورثة

فلا يجوز لكل واحد من هؤلاء الورثة
أن يستعمل حقه في الاسترداد الا بقدر حصته
في الميراث

مادة ١٦٧٠ منه - في الأحوال المذكورة
في المادتين السابقتين يجوز للمشتري ان يطلب
ادخال جميع البائسين أو جميع الورثة في الدعوى
ليتفق معهم على استرداد العين بأكلها فاذا لم
يتفقوا قضى برفض طلب الاسترداد

مادة ١٦٧١ منه - اذا بيع الملك الموروث
لجدة أشخاص منهم لا على سبيل الانضمام
في الاعيان جميعها وانما باع كل منهم حصته على
حدها جاز لكل واحد أن يطلب الاسترداد

منفرداً في حصته وليس للمشتري أن يجبره في هذه الحالة على أخذ العين بتمامها

مادة ١٦٧٢ منه — إذا ترك المشتري عدة ورثة فلا يجوز طلب الاسترداد من كل واحد منهم الا عن حصته في العين المبيعة سواء كانت باقية على المشاع أو قسمت بينهم

فان كانت التركة قسمت بين الورثة ووقعت العين المبيعة بيع وفاء في حصة أحدهم خاصة جاز طلب الاسترداد عن العين المبيعة بأكملها منه

مادة ١٦٧٣ منه — يجب على البائع الذي يطلب الاسترداد أن يدفع للمشتري أصل الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ومصاريف الاصلاحات الضرورية أو التي زادت في قيمة المبيع بمقدار الزيادة المذكورة . ولا يجوز له أن يستولى على المبيع الا بعد القيام بدفع ذلك كله اذا عاد المبيع بيع وفاء لبائع بناء على استرداده أخذه سالماً من كل حق ورهن وضعه عليه المشتري انما يلتزم بتنفيذ الاجارات التي يكون أجرها المشتري بدون غش

المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشتري للبائع الأصلي معاق على شرط إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا للمبيع ملكاً تاماً من يوم البيع الأول الى تطويل الميعاد

مادة ٣٤٣ أهلى — يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد في عقد الانتقال

مادة ٤٢٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٤٤ أهلى — لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع الا اذا عرض على المشتري في الميعاد المعين أن يؤدي له على الفور الأشياء الآتى بيانها

أولاً — أصل الثمن

ثانياً — المصاريف المترتبة على البيع

والتي تترتب على استرداد المبيع

ثالثاً — المصاريف اللازمة التي صرفها

المشتري غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم

يؤدي أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب

المصاريف الأخرى التي صرفها المشتري

بشرط أن لا تكون فاحشة

مادة ٤٣٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٤٥ أهلى — عند رجوع المبيع

بيع وفاء الى البائع بأخذه خالياً عن كل
حق ورهن وضعه عليه المشتري انما يلتزم
البائع بتنفيذ الايجارات التي أجرها ذلك
المشتري بدون غش بشرط أن تكون
مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين

مادة ٤٣١ مختلط - مطابقة لها

مادة ٣٤٦ أهلى - الاسترداد لا يقع
الأعلى نفس المبيع سواء كان المبيع ملكاً
كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً الى حصص
الأى اذا كانت دعوى الاسترداد مقامة
على ورثة المشتري بالنسبة للحصص المشاعة
ينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم

مادة ٤٣٢ مختلط - مطابقة لها مع

اضافة « لا أقل منه ولا أزيد عنه » بين

« نفس المبيع وسواء كان المبيع »

مادة ٣٤٧ أهلى - اذا كان المبيع

بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى
مشتريها الحصة الباقية من مالكا بعد
طلب هذا المالك مقاسمته فالمشتري
المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد
الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ
العين بتمامها

مادة ٤٣٢ مختلط - مطابقة لها

عموميات

١٧٤٢ — بعد أن فرغ القانون من الكلام على واجبات المتعاقدين وبيان الأحكام صفة بيع الوفاء المترتبة عليها انتقل للكلام على سبب خاص لجواز فسخ البيع دون سواء من سائر العقود وهو اشتراط استرداد المبيع في ميعاد معين في البيع المسمى بيع وفاء

١٧٤٣ — فمن المعلوم ان البيع كسائر العقود يجوز ابطاله أو فسخه لسبب من الاسباب التي يبنى عليها ابطال العقود كالتدليس أو الاكراه أو الغلط . أو فسخها كالشروط الفاسخة صراحة أو تقديرًا . ولكن شرط الاسترداد هو سبب خاص لفسخ بيع الوفاء ولا يشاركه في هذا السبب عقد آخر

١٧٤٤ — وليلاحظ ان استرداد المبيع وفاء يعد فسخًا للبيع لا ابطالًا له . ومزية هذه الملاحظة تظهر في الفرق بين أحكام الفسخ والبطالان وهو كبير

فالبطالان ينشأ عن عيب في الانعقاد كاكراه أو غلط أو تدليس . أما الفسخ فيرد على العقد بعد انعقاده صحيحًا لتعليق التعهد على شرط فاسخ (صريح أو ضمنى) فاذا تمَّ الشرط عادت الأشياء الى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد واعتبر العقد كأن لم يكن

والبطالان يزول بالاجازة الصريحة أو الضمنية أما الفسخ فلا تلحقه الاجازة . وفي الواقع هما لا يشتركان الا في ازالة ما ترتب على العقد من الأثر سابقًا ولاحقًا

١٧٤٥ — حرمت الشرائع الالهية الربا وحرمه تبعًا لذلك في سالف الزمن بعض شرائع الوضعية كالقانون الفرنسي القديم ولكن تلك الشرائع الوضعية ما لبثت ان أحلتها وبينما كان الربا محرماً نشأ عن كثرة التعامل زيادة الاضطراب لاقتراض المال فأصبح رب المال لا يرضى أن يقرض ماله بلا تفع يعود عليه مقابل حرمانه من ماله الذي سيتتفع به غيره والمقترض لا يميل أن يبيع شيئًا مما ملكت يده كلما أعوزته الحاجة للاقتراض والرهن لا ينفي بهذه الأغراض إذ القانون يقضى باستئصال غلة العين نشأه

المرهونة من أصل الفوائد ورأس المال ويحرم امتلاك العين عند عدم الوفاء فيضطر الدائن كلما امتنع مدين من الوفاء أن يتخذ اجراءات طويلة لبيع المرهون والحصول على دينه وقد لا يحصل عليه بأكمله لذلك احتال الناس على إيجاد وسيلة لانتزاع الملك من مالكه نهائياً إذا أراد الاقتراض ولم يقدر على السداد ولا يحرم المقرض من ثمرة ماله الذي يريد الانتفاع به فاهتدوا من طريق رهن الاستغلال الى بيع الوفاء فيأخذ الدائن العين ليستغلها وينتفع بها مقابل حرمانه من الدين الذي يدفعه بصفة ثمن للمدين وهذا ينتفع بالدين سداً لحاجته ومتى قدر على الوفاء رد الدين واسترد ملكه

والواقع أنه كان الغرض من البيع الوفاي في فرنسا الفرار من أحكام رهن الاستغلال (Antichrèse) فان القانون يحرم ملك المرهون عند عدم الوفاء ويقضى بنقص الغلة من الفوائد ورأس المال فكان المتعاقدان يستران غرضهما من الرهن بستر البيع. يذكران ألقاظ البيع ويريدان الرهن فيصورانه في صورة الأول ثم يترك المرتهن الشيء المرهون تحت يد الراهن بصفة اجارة لتكون قيمتها في مقابل الفوائد. والراهن يشترط ان له حق استرداد المبيع. والثن دون ثمن المثل بكثير. وتلك علامات لا تفيد البيع البات المنجز وعلى الأخص اذا كان المقرض من المرايين ولذلك كان العقد الحاصل بهذه الكيفية يعرف بالعقد الخفي للربا (Contrat pignoratif). وقد كان هذا الشرط معتبراً باطلاً متى تبين أن الغرض منه مخالفة أحكام المادة ٢٠٨٨ فرنساوي (٥٤٣ أهلى) التى تبطل أى اشتراط يفيد امتلاك العين المرهونة

وما برح القضاة في فرنسا يفرقون بين بيع الوفاء الحقيقي وبيع الوفاء الصورى وعمادهم في التفريق تلك العلامات التى أشرنا اليها وغيرها من الدلائل التى تدل عليها ظروف كل قضية لأن للقضاة الحق المطلق في تقدير العقد إن كان بيع وفاء حقيقى أو بيع وفاء صورى يقصد به اخفاء الربا - راجع حكم تقض فرنسا في ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز سنة ٧٧ ص ١٨٢ وتقرير المستشار جيلما الوارد بتعليقات هذا الحكم - دائرة معارف لاروس والبانديكت ققرة ٢٧٥ ج ٥٩

١٧٤٦ - وبيع الوفاء كان معروفاً عند الرومانيين ولكن أحكامه كانت تختلف شريعة رومانية عن أحكام بيع الوفاء المقرر الآن فقد كان المشتري يعد مالكا ملكاً تاماً والبايع فقط مجرد حق إلزامه بأنه يبيع له المبيع ثانياً

أما بيع الوفاء الذي قرره القانون فيجعل المشتري مالكا ملكاً معلقاً على شرط فاسخ فاذا فسخه البائع عاد اليه المبيع بغير احتياج لعقد جديد

١٧٤٧ - وعلة اجازة البيع الوفاي في الشريعة الاسلامية هو التخلص من الربا. شريعة اسلامية فقد اضطر الناس للتعامل به وفشا أمره بينهم فأجازه الفقهاء لحاجتهم اليه أولى من اضطرارهم للبيع البات - مستفاد من ابن عابدين ص ٢٥٨ ج ٤

فان المرتهن بحسب الشريعة الإسلامية لا يجوز له أن ينتفع بالرهن الا بأذن الراهن في رواية وقد لا يأذن وفي رواية أخرى لا يجوز الانتفاع حتى مع الإذن لأن النفع ربا اذ الدائن سيستوفي دينه كاملاً والمنفعة فضل

أما حكم بيع الوفاء عند الفقهاء فمختلف فيه . قال بعضهم يعتبر رهناً ويأخذ حكم الرهن في جميع الأحوال فلا يملك المشتري المبيع ولا ينتفع به الا بأذن مالكة ويضمن ما اكل من ثمره واتلف من شجره ويكون للبايع استرداده متى قضى دينه وقال البعض الآخر انه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه دون البعض فيحل للمشتري الانتفاع به ولكنه لا يملك يبعه . والظاهر أنه على هذا الرأي اعتمد الدائنون الذين لا يريدون اقراض ما لهم بغير نفع فيدفعون الدين بصفة ثمن للمبيع ويأخذون المبيع فيستغلونه مقابل الربح قال تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا)

أما القول الأول القاضي باعتبار بيع الوفاء رهناً فمانع من الانتفاع بالرهون الا بأذن المدين وقد لا يأذن وحتى في حالة الإذن ذهب بعضهم الى أن الانتفاع به يعد ربا لأن الدائن سيستوفي دينه كاملاً فالمنفعة فضل والفضل ربا والإذن لا يحلله

١٧٤٨ - ولما كان المقصود ببيع الوفاء الحيلة على التخلص من الربا لا البيع الحقيقي وكان يقتصر بعض المتعاقدين على ذكر لفظ البيع دون اشتراط الوفاء في نفس العقد

ثم يتعهد المشتري بعد ذلك الى البائع بالوفاء بشرط لاحق كان لا بد من التمييز بين البيع الذي يعتبر في هذه الحالة باتاً وبين البيع الذي يعتبر رهناً

ويستخلص من أقوال الفقهاء انهم كانوا يعتبرون البيع باتاً اذا كان الثمن ثمن المثل أو فيه غبن يسير ويعتبرونه رهناً اذا كان فيه غبن فاحش يعلم به البائع أو وضع على أصل المال ربح أو أجره المشتري الى البائع وذلك لأنه يجعل رهناً بظاهر حاله إذ البائع لا يقصد البيع البات وهو عالم بالنقص الفاحش في الثمن أو مع وضع الربح أو الإقدام على الاستئجار بل هذه دلائل على قصد الوفاء

تلك أسبابه وأحكامه في الشريعة الاسلامية والفرنسية وتكاد تقترب من بعضها

١٧٤٩ - أما تعريفه الاصطلاحي فقد أشارت اليه المادة ٣٣٨ فقرة ثانية مدني تعريفه.

وهو «البيع الذي يشترط فيه البائع استرداد المبيع اذا أدى الثمن والمصاريف القانونية في ميعاد معين». مثال ذلك باع زيد فداناً لبكر بمبلغ مائة جنيه واشترط في العقد أن له حق الاسترداد اذا دفع الثمن والمصاريف في ظرف خمس سنين من تاريخ البيع. فيبيع الوفاء بيع معلق على شرط فاسخ^(١) وهو الاسترداد مقابل اداء الثمن. فاذا تم الشرط واستطاع البائع الوفاء بالثمن والمصاريف فسخ البيع واعتبر كأن لم يكن وكأن المبيع لم يخرج من ملك البائع مطلقاً والمشتري لم يشتر مطلقاً - ١٠٥ و ٣٤٠ مدني أما اذا لم يتم الشرط لأن البائع لم يستطع القيام بدفع الثمن والمصاريف ولم يطلب الاسترداد حتى انقضى الميعاد ترتب على ذلك تأييد البيع وأصبح المشتري مالِكاً بصفة نهائية للمبيع - مادة ١٠٣ و ٣٤٠ فقرة أولى

وبعبارة أخرى يعتبر المشتري في الحالة الأولى كأنه لم يملك العين المبيعة مطلقاً وان البائع كان دائماً مالِكاً لها ولهذا يستحسن بعضهم تسميته بالبيع المسترد أو البيع المعاد لأن الحاصل ان البائع يسترد المبيع فيهدم العقد الأول لا أن يقع بينهما بيع جديد

(١) وهذا الشرط وان كان متعلقاً بإرادة البائع ولكنه لا يتعلق بإرادته المطلقة. فيكون باطلاً لأنه لا يتعلق بالبائع وحده بصفة مطلقة أن يجد المبالغ التي يريدتها في الوقت المناسب (لوران جزء ثان ص ٣٧٩ وجويلوار ثان ص ٦٤٤ والبانديكت فقرة ٢٧٢٣)

أما تعريفه اللغوي فمأخوذ عن الفقهاء ووجه تسميتهم له بيع وفاء ان فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يرد المبيع على البائع حين يرد اليه الثمن وقد اختار واضع القانون هذه التسمية وهي الشائعة والمعروفة الآن عند الناس وان كان لهذا البيع مسميات أخرى . فقد كان يسمى بمصر بيع الامانة لأن المبيع يكون أمانة عند المشتري بناءً على اعتباره رهناً والرهن يكون أمانة . وفي الشام يسمى بيع الطاعة . وبعضهم يسميه البيع الجائز لأن الفقهاء أجازوه لحاجة التخلص من الربا كما أجازوا للمشتري اكل ريعه

وبعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه ان المعاملة ربح الدين فيشتري الدائن المبيع ليتنفع به في مقابل دينه — ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٧ .

١٧٥٠ — بان مما تقدم ان بيع الوفاء طريق من طرق التأمين للاستدانة . فمثله قائمته وضرره من هذه الوجهة مثل الرهن يضعه المدين في حيازة الدائن تأميناً لأداء الدين . ولكنه يمتاز عن الرهن الحيازي أو العقارى بجواز الانتفاع بقلته مقابل فوائد الثمن وفي ذلك تخلص من الإقراض أو الاقتراض بفائدة لمن حرم الربا . ويمتاز عن البيع البات بإمكان الاحتفاظ بالمبيع ان كان عزيزاً لدى صاحبه

ومن مزاياه أيضاً إمكان الحصول على مبلغ أكبر مما يدفعه الدائن عادة في حالة الرهن لأن الدائن يملك العين نهائياً اذا لم يؤد له دينه والمصاريف القانونية في الميعاد المحدد أما الرهن فيستدعى اجراءات قانونية للحصول على الدين عند عدم الوفاء فيستنزل الدائن قيمتها

أما أوجه ضرره فهي : ١ — ان الدائن يملك العين بمجرد انقضاء الميعاد المحدد بثمن أقل على كل حال من الثمن الذي يباع به الشيء عادة بيعاً باتاً . ولهذا يفضل المرابون بيع الوفاء على الرهن لأنهم متوقعون أنه كلما تنفرج أزمة مدين ويؤدي دينه في الميعاد المضروب وبذلك يمتلكون ما يبيع لهم بهذه الصفة على أهون سبيل وبثمن قليل ٢ — كثيراً ما يكون قصد الدائن به الفرار من أحكام المادة ٥٤٣ مدني

القاضية بعدم جواز الاشتراط على كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء خصوصاً اذا كان الدائن مراياً

٣ - ان منفعة العين قد تزيد على فوائد المبلغ لو أقرض قرضاً بسيطاً لأن اكبر فائدة يجوز الاتفاق عليها قانوناً هي ٩ في المائة سنوياً وقد يزيد ريع العين المبيعة وفاء على ذلك كثيراً وهو أمر مضر من الوجهة الاقتصادية للمدينين

٤ - أصبح بيع الوفاء من الوسائل التي يَحْتال بها الدائنون على التخلص من أحكام قانون الخمسة الأفدنة فأُسي على عاتق القضاة أن يتبينوا الغرض الحقيقي من هذا البيع أهو رهن أم بيع وفاء صحيح . فاذا رأوه رهنًا أجروا فيه حكم الرهن وقضوا بعدم جواز الحجز في الأحوال التي لا يجوز فيها رادّين على المحتمل قصده إذ العبرة بالمقاصد لا بالألفاظ - راجع في هذا الصدد مقالة الاستاذ بلانشار في مجلة مصر الحاضرة ص ١٥ عدد مايو سنة ١٩١٣

١٧٥١ - وقد كان بيع الوفاء طريق الاستدانة الذي يلجأ اليه الدائنون كثيراً الفرق بين بيع الوفاء والرهن قبل انشاء المحاكم النظامية وإدخال نظام « الرهن العقاري » في قوانينها ثم قلت الرغبة فيه الآن عند صغار الدائنين

أما أوجه الفرق بينه وبين الرهن العقاري فهي أولاً - ان الرهن العقاري لا يتناول غير العقار . أما بيع الوفاء فيقول وفي العقار

ثانياً - لا يصح رهن العقار إلا بعقد رسمي تؤخذ عليه رسوم . أما بيع الوفاء فيجوز بعقد رسمي أو عرفي

ثالثاً - في حالة بيع الوفاء يأخذ المدين في العادة مبلغاً أزيد مما يأخذ لو رهن العين رهنًا عقاريًا لأن الدائن يراعى في تقدير القيمة ما يستلزمه التنفيذ الجبري من المصاريف في حالة الرهن . أما المشتري وفاء فيملك العين بمجرد انقضاء الميعاد اذا لم يسترد المدين المبيع وكثيراً ما تعيقه العوائق ويخيب أمله . ولهذا طعن كثيرون في مشروعية بيع الوفاء وقالوا ان فيه خطراً على الملاك

أما الفقهاء فلا يميزون للدائن امتلاك المبيع وفاء مطلقاً بل جعلوا العقد مشتركاً بين البيع الصحيح والرهن فيجوز الانتفاع به كما ينتفع بالمبيع ولا يجوز امتلاكه كما لا يمتلك المرهون . وهذا الرأي وإن كان دافعاً لخطر ذوى الملك لكنه لا يجعل فرقاً في القانون بين بيع الوفاء والرهن أو الغاروة

ولما كانت أحكام الشريعة هي السارية قبل اصدار القانون وكانت لا تعرف البيع الوفاي بغير هذه الأحكام وكان للبيع الوفاي بنظامه في القانون الفرنسي أحكام أخرى ومزايا يمتاز بها عن الرهن أقر القانون المصري التفرقة بين بيع الوفاء الذي يعتبر رهناً وبيع الوفاء الحقيقي خصوصاً وإن ذلك لا يخالف المبدأ الذي جرى عليه القضاء الفرنسي فإنه ما برح يميز بين بيع الوفاء الحقيقي والصوري كما قدمنا - « راجع حكم محكمة النقض ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ سنة ٧٣ ص ١٨٣ وقررة ١٧٤٥ فيما تقدم » وعلى هذا قررت المادة ٣٣٨ أهلى (٤٢١ مختلط) بأن بيع الوفاء ينقسم الى نوعين وتسمى النوع الأول بيع الوفاء الصوري والنوع الثانى بيع الوفاء الحقيقي وتشكم على حكم كل منهما على انفراده

الفرع الأول - بيع الوفاء الصورى

١٧٥٢ - بيع الوفاء الصورى هو أن يجعل العقار أو الشيء المبيع وفاء رهناً للمشتري لسداد الدين الذى على البائع . فالبايع هنا فى الحقيقة مجرد معير قدم العين التى أعارها رهناً تأميناً لدينه والمشتري مستعير مرتين ولذلك تسرى عليه أحكام الرهن سواء بسواء (٣٣٩ أهلى و ٤٢٢ مختلط)

ويترتب على ذلك انه :

- ١ - اذا لم يطلب البائع الاسترداد فى الميعاد المقرر فلا يصير المبيع مملوكاً للدائن وإنما يكون له فقط حق طلب بيعه بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين - مادة ٤٣ ه أهلى
- ٢ - اذا تبين للقاضى أن الفوائد تزيد عن الحد الجائز الاتفاق عليه قانوناً وهو تسعة فى المائة حكم بانقاصها

تعريفه

ما يترتب عليه

٣ - تستنزل الغلة من الدين المؤمن بالرهن بحيث أنها تستنزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين - ٥٤٥ أهلى

٤ - لا يجوز للمشتري أن يتصرف فى المبيع أو يرتب عليه حقوقاً للغير لأنه باق على ملك الراهن

٥ - يبطل الرهن بالنسبة للغير اذا رجع لحيازة الراهن أو بقى فيها (مادة ٥٤١) بعكس حالة بيع الوفاء الحقيقى فتسليم المبيع للمشتري غير مشروط لصحته - استئناف طنطا ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء سنة سادسة

الفرق بين
بيع الوفاء الحقيقى
والصورى

١٧٥٣ - أما بيع الوفاء الحقيقى فقد نقل الشارع أحكامه عن القانون الفرنسى

وهناك فروق أخرى بين بيع الوفاء الحقيقى وبيع الوفاء الصورى المعتبر رهناً وهى:

١ - انه فى حالة بيع الوفاء الصورى يكون البائع مدينًا والمشتري دائنًا ومن

المعلوم أن للدائن حقاً على جميع أموال مدينه المضمون منها برهن والغير المضمون وعلى

ذلك يجوز للمشتري بصفته دائنًا أن ينفذ على باقى أموال البائع الزائدة عن الشئ المرهون

أما فى حالة بيع الوفاء الحقيقى فالبايع لا يعد مدينًا بالثمن بل له مجرد حق الاسترداد

اذا دفع الثمن والمصاريف فى الميعاد المتفق عليه . فالمدفع موكول لإرادته واختياره

ان شاء دفع وان شاء سكت وليس للمشتري إلزامه بأن يرد له الثمن ويسترد العين

لأى سبب كان ولو نقصت قيمتها وليس له مطالبة البائع بالفرق ولا التنفيذ به على

باقى أملاكه

٢ - فى حالة بيع الوفاء الصورى يكون هلاك المبيع وفاء على المدين لأنه المالك

للشئ المرهون ولا يبرأ من الدين اذا هلكت العين

أما فى البيع الوفائى الحقيقى فالهلاك على المشتري لأنه معتبر مالكاً من تاريخ

العقد بشرط فاسخ (مادة ٣٤٠) . فاذا هلكت العين سقط الدين

٣ - فى حالة بيع الوفاء الصورى لا يجوز الحجز اذا توفرت أحكام قانون

الخمسة الأفدنة

٤ - سقوط الحق في الاسترداد لفوات ميعاده لا يسرى إلا في حالة بيع الوفاء الصحيح لا في حالة ما اذا كان البيع ساتراً للرهن (أى بيع الوفاء الصوري) - « محكمة مختلطة ١١ يونيو ١٨٩٠ س ٢ ص ٢١٨ فقرة ٤٧٥٠ مجموعة أولى »

١٧٥٤ - متى تبين أن هناك فوارق بين بيع الوفاء والرهن فالواجب البحث متى يعتبر بيع الوفاء رهناً متى يعتبر بيع الوفاء رهناً والأحوال التي يعتبر فيها بيعاً حقيقياً ؟ سكت القانون الأهلي ونص القانون المختلط في المادة ٢٣٤ منه على أنه في حالة الشك تكون القرينة ان بيع الوفاء يعتبر رهناً في الأحوال الثلاثة الآتية :

أولاً - اذا دفع الثمن نقداً (أى في الحال) او كان على سبيل المقاصة لدين سابق . فقد اعتبر القانون في هذه الحالة ان الغرض هو الاقتراض لا البيع لا اضطرار البائع وفاء لنقود او لسداد دينه تخلصاً من الاجراءات القانونية التي قد يتخذها الدائن ضده ثانياً - اذا اشترط اداء الثمن مع فوائده عند الاسترداد فذلك دليل على أن الثمن كان مجرد قرض والعين جعلت تأمينا للسداد

ثالثاً - اذا بقيت العين في حيازة البائع لأي سبب كان كالاجارة لأن ترك العين تحت يد البائع دليل الرهن اذ لو كان المقصود الشراء وفاء أى الذي ينتهي بالملك التام اذا انقضى الميعاد ولم يسترد المبيع لطلب المشتري استلام المبيع لاستغلاله بنفسه أو بواسطة شخص أجنبي حتى يستمر الاستغلال لمنفعته وذمته

وفيما عدا هذه الأحوال يعتبر العقد بيع وفاء ولكن يجوز اثبات عكس ذلك بجميع الطرق بغير مراعاة الألفاظ المدونة في العقد (مادة ٤٢٣ مختلط)

١٧٥٥ - أغفل واضع القانون الأهلي هذا النص وحسناً فعل فحكم هذه المادة مضطرب غير متماسك فبينما يذكر الشارع في صدر المادة قرائن يظنها كافلة لكشف الحقيقة اذ يأتي في عجزها وينقض ما بناه بلجاجة اثبات العكس بجميع الطرق ولو بقرائن أخرى بغير مراعاة للألفاظ المدونة في العقد فكأنه رجع للقاعدة العامة للقاضية بتفسير المشارطات بحسب الغرض الذي يظهر ان المتعاقدين قصداه وبمراعاة نوع العقد

والعرف الجارى فهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها (مادة ١٣٨ و ١٩٩) وبعبارة أخرى تكون العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمباني

ولهذا أطلقت المحاكم المختلطة لنفسها الحرية فى التقدير وحكمت بأنه لا يمكن اعتبار العقد الموصوف ببيع وفاء رهناً لمجرد دفع الثمن تقدماً اذا لم توجد ظروف أخرى كما ان قصد الرهن لا يستتج من مجرد حصول اتفاق مع غير المشتري وفاء بعد انقضاء ميعاد الاسترداد - حكم ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ س ١٥ ص ٢٠٩ فقرة ٤٥٠٠

مجموعة ثانية

وحكمت بأن لها حق تقدير العقد لمعرفة ما اذا كان يعد ببيع وفاء حقيقى أو عقد قرض برأى - مختلط مارس سنة ١٨٩٦ س ١١ ص ٧٤ بورلى مادة ١٤٢١ وهذا هو المبدأ الجارى فى فرنسا - راجع حكم محكمة تقض فرنسا فى ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز س ٧٣ ص ١٨٥ .

ترك القانون الأهلى للقاضى حرية التقدير فوجب عليه أن يراعى ظروف كل عقد وأحواله فليس من البعيد أن يحتال المتعاقدون على اخفاء هذه القرائن فى العقود فيزيدون المبلغ المقرض بما يقابل أرباحه ولا يذكرون أخذ ربح . أو يذكرون انهم أخذوا المبلغ أقساطاً ويكونون أخذوه دفعة واحدة

وليس هناك ما يمنع القضاة من الاسترشاد بالقرائن التى أشار اليها القانون المختلط خصوصاً وأنها لا تختلف عما أورده الشرعيون فى كتب الفقه ولا ما اتبعه الفرنسيون فى قضائهم وإنما له الحرية التامة فى الاعتماد على غيرها فى الاستنتاج

١٧٥٦ - وعلى هذا جرى القضاء الأهلى فقد حكم بأن عقد بيع عقار بيعاً وفائياً

يجب اعتباره عقد قرض برهن متى أخذ من ظروف العقد ان المتعاقدين انما كان غرضهم تأمين سداد الدين ويكون ذلك فى الأحوال الآتية

أولاً - متى كان الثمن غير متناسب مع قيمة الشيء المبيع

ثانياً - متى كان المشتري لم يضع يده على هذا الشيء

ثالثاً - متى كان المشتري أجر هذا الشيء للمشتري بأجر عال
رابعاً - متى كان مشروطاً بعدم ضياع الحق في استرجاع الشيء الآخر عند عدم
الوفاء بالايجار - محكمة جرجا الجزئية ١٦ يولييه سنة ١٩٠٤ ص ٤٦ مجموعة رسية
١٧٥٧ - وحكم بأنه اذا اتضح من عبارات العقد ما يوجب الشك في قصد
المتعاقدين من جهة اعتباره عقد رهن أو بيع وفائي تعين تأويل العقد على الوجه
الأخف ضرراً بالمدين وهو ارادة الرهن ولو لم يحصل تسليم العين المرهونة للمرتهن
« حكم طنطا الاستئنافية ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء س ٦ »
١٧٥٨ - وحكم بأنه في حالة الشك يعتبر البيع الوفاي رهناً اذا كان الثمن دفع
فوراً او كان المبيع باقياً في حيازة البائع - محكمة مختلطة ٨ ابريل سنة ١٨٩١ سنة ثالثة
ص ٢٨٧ فقرة ٤٧٤٨ و ٤ مايو سنة ١٨٩١ سنة ١١ س ٢٠٣ فقرة ٤٤٩٦ مجموعة أولى
و ٢٤ يناير سنة ٩٠٠ فقرة ٤٤٩٨ و ٢٩ نوفمبر سنة ٩٠٠ فقرة ٤٤٩٩ مجموعة ثانية
١٧٥٩ - وحكم بأن عقد بيع الوفاء المشروط فيه دفع الثمن تقدماً مع فوائده
وبمقتضاه بقيت العين في حيازة البائع بسند كالاجارة او بغير سند ليس في الحقيقة الا
عقد رهن

١٧٦٠ - والدائن أن يطلب استلام العين بغير أن يكون للمدين حق التمسك
ببطلان الرهن لعدم الحيازة ولأن هذا البطلان لا يصح التمسك به الا في حالة ما اذا
سلمت العين للدائن ثم رجعت لحيازة المدين بعد ذلك - محكمة مختلطة ٦ فبراير
سنة ١٨٩٥ سنة ٧ ص ١١٤ فقرة ٤٧٤٩ مجموعة أولى
يشير الحكم الى نص المادة ٦٦٣ مختلط (٥٤١ أهلى) القاضية ببطلان الرهن
اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه

فالظاهر ان أحد الخصوم يتمسك بأن العقد اذا لم يعتبر بيع وفاء في حالة عدم
استلام العين المبيعة لا يصح اعتباره رهناً اذ يشترط في الرهن الحيازة والمرتهن لم
يستلم العين ليضع يده عليها ففصلت المحكمة في الأمر بما رأت

١٧٦١ - أما تسليم المبيع فليس بشرط لصحة بيع الوفاء كما يؤخذ من نص المادة

٣٤٠ مدني وما يليها - حكم طنطا الاستئنافي ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء سنة ٦
على أن الرأي الراجح والواجب الأخذ به ان بطلان الرهن في حالة عدم الحياة
يكون بالنسبة للغير لا بالنسبة للمتعاقدين

ويرى بعض الشراح اعتبار العقد في هذه الحالة وعدا برهن لا رهناً تاماً وعلى
هذا يكون للرهن حق طلب الاستلام ومتى استلم العين تم الرهن لأن المدين لما
قبل رهن الشيء الذي صور بصورة بيع وفاء التزم أيضاً بتسليمه ولكن حق الاعتبار
الذي للدائن لا يبدأ إلا من وقت الاستلام - لمير مذكرة غير مطبوعة

١٧٦٢ - وحكم باعتبار عقد بيع الوفاء رهناً اذا كان مشتملاً على الزام البائع
بدفع الثمن بعد الميعاد المحدد واشترط فيه ان استثمار العين بمعرفة المشتري يقوم مقام
الفوائد - محكمة مختلطة ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ س ١٧ ص ٣١ فقرة ٤٥٠١ مجموعة ثانية

١٧٦٣ - وحكم بأنه اذا اشترك شخصان في شراء عقار وكان بعض الثمن مشروطاً
دفعه على أقساط في مواعيد محددة وقبل سداد الأقساط كلها باع أحد الشريكين
للآخر حصة شائعة في مقابل دفع مبلغ من المال عاجلاً ودفع مبلغ آخر على أقساط
معينة ولكنه اشترط لنفسه الحق في استرداد تلك الحصة في اي وقت ما قبل سداد
آخر قسط على أن يرد للمشتري كل الأقساط المدفوعة مع تعويض قدره عشرة
جنيهات عن كل فدان فيكون العقد عقد بيع وفائي تسري عليه احكام القانون الخاصة
بييع الوفاء . وعلى الخصوص القاعدة المنصوص عليها في المادة ٣٤١ من القانون المدني
من حيث أقصى ميعاد يجوز للبائع ان يشترطه لاسترداد المبيع - محكمة الاستئناف
الإلهية ١١ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ١١١ مجموعة ص ٢٤٠ س ٦

١٧٦٤ - وبالاختصار يجب أن تفسر المشارطات بحسب المقاصد والمعاني
لا بالألفاظ والمباني مهما كانت الألفاظ المستعملة (مادة ١٣٨) - راجع حكم المحكمة
المختلطة ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ س ٢٠ ص ١٠٦ فقرة ٤٥٠٢ مجموعة ثانية وحكم الاستئناف
الإلهي السابق ذكره

الفرع الثاني — في بيع الوفاء الحقيقي

١٧٦٥ — بينا أحكام البيع الصوري والفرق بينه وبين بيع الوفاء الحقيقي والأحوال التي يعتبر فيها بيع الوفاء صورياً والتي يعتبر فيها حقيقياً ومذهب المحاكم في ذلك فلبين الآن أحكام بيع الوفاء الحقيقي

فبيع الوفاء الحقيقي هو البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء الى الحالة التي كانت عليها أولاً اذا أحب ذلك — مادة ٣٣٨ فقرة ثانية

وتتبع في هذا النوع الضوابط التي نص عليها القانون في المادة ٣٤٠ أهلى وما بعدها فبمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد بمعنى انه اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري وأما اذا صار توفية الشروط المذكورة يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملكية البائع مادة ٣٤٠ أهلى (٤٢٤ مختلط)

وهذا هو الفارق كما قدمنا بين بيع الوفاء الحقيقي والصوري — انظر فقرة ١٧٥٢ السابقة

المبحث الأول — في شرط الاسترداد

١٧٦٦ — يجب أن يذكر شرط استرداد المبيع في نفس عقد بيع الوفاء دلالة على ضرورة ذكره أنه معلق على شرط فاسخ . وقد أشار القانون لذلك بصريح عبارة « مع اشتراط البائع استرداد المبيع » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٣٣٨ (٤٢١ مختلط) وحكمة ذلك أن الاتفاق الذي يحصل بعد انعقاد البيع يعد عقداً جديداً يترتب عليه بيع جديد . أما اشتراط الاسترداد في نفس العقد فمزيل لأحكامه بمجرد اتمام الشرط ويجعل الغير من جهة أخرى على بينة من الشرط الفاسخ فاذا اشترى علم أن حقه معلق على الشرط المذكور فلا يحق له أن يدعى فيما بعد أنه خدع ولهذا نص القانون المختلط في المادة ٤٢٥ على أنه اذا لم يشترط حق الاسترداد

في نفس عقد البيع فمن صار له هذا الحق فيما بعد واستعمله لا يعتبر أنه عاد مالكا للمبيع الا من اليوم الذي حصل فيه شرط الاسترداد
فاشترط الاسترداد بشرط لاحق يعتبر عقداً جديداً معلقاً على شرط موقف ويأخذ حكمه أو يعتبر وعداً يبيع جديد ويأخذ حكمه ولا يحتج به على الغير الا من تاريخ تسجيله
أما في الشريعة الاسلامية فاشترط الوفاء بعد العقد يلحق بالعقد (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٨) فيعتبر بيع الوفاء كأنه مشروط في العقد وفي الواقع لا فائدة من التفريق عندهم لأن المشتري لا يملك العين مطلقاً وما دام لا يملكها فلا يجوز له ترتيب حقوق عينية عليها يخشى من المساس بها -

١٧٦٧ - وشرط الاسترداد جائز في المقايضة كما هو جائز في البيع وذلك لأن المادة ٣٦٠ أهلى قضت باتباع القواعد الأخرى المختصة بالبيع في المقايضة - قارن البانديكت فقرة ٢٧٣٢ بيع ج ٥٩ وجويلوار جزء ثان ص ٦٥٠
١٧٦٨ - أما اذا شرط هذا الشرط في عقد آخر غير البيع أو المقايضة فلا تسرى عليه أحكام هذا الباب بل تسرى عليه القواعد العامة . ولما كان بيع الوفاء لم يخرج عن كونه بيعاً وجب ان تتوفر فيه أركان البيع من رضا وسبب مشروع وأهلية ومحل للمبيع

المبحث الثاني - في مدة الاسترداد

١٧٦٩ - كان القانون الفرنسي القديم يميز الاسترداد لمدة ٣٠ سنة وهي المدة المحددة لسقوط الحق عند الفرنسيين . رأى الشارع أن هذا الأجل طويل وأن المصلحة العامة تقضى بتقصيره حتى لا تبقى الملكية مزعزعة أمداً طويلاً فقصرها على خمس سنين وعنه نقل القانون الأهلى المدة التي حددها للاسترداد فقضت المادة ٣٤١ أهلى بأنه لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع . وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيهه الى خمس سنين . أما القانون المختلط فجعلها سنتين فقط - ٤٢٦ منه

١٧٧٠ - ويستفاد من نص المادة ٣٤١ أن المتعاقدين أن يشترطاً مدة أقل من المدة القانونية ولكن ليس لهما أن يزيدا عليها . وإذا شرطاً مدة زائدة فلا يكون العقد باطلاً وإنما يصير تنزِيل المدة فيه إلى خمس سنين - انظر نص المادة

١٧٧١ - ولكن هل تجوز اطالة المدة بشرط لاحق حتى تبلغ الحد الأقصى (خمس سنين أو ستان) إذا كانت في الأصل أقل من ذلك ؟

لا تمنع المبادئ العامة من جواز ذلك واعتبار هذا الشرط وعداً يبيع جديد اذ لا خرج في اعتبار المشتري وفاء مشترياً يعد بأن يبيع العين لنفس البائع له . فإذا كان الميعاد المتفق عليه للاسترداد ثلاث سنين ثم شرط المتعاقدان اطالته سنتين تكملة للخمسة كان هذا الشرط وعداً يبيع جديد بنفس شروط بيع الوفاء الاولى ولا ينتج مفعوله الا بعد اقبضاء الثلاث سنين . فإذا استرد البائع العين في السنة الخامسة عادت اليه مشغولة بالحقوق العينية المترتبة عليها في خلال الثلاث سنين الأولى - « مذكرات المسير لمير »

أما القانون المختلط فأجاز في المادة ٤٢٨ اطالة الميعاد المتفق عليه واعتبره بيعاً جديداً من المشتري إلى البائع الأصلي ولكنه بيع معلق على شرط بمعنى أن يعتبر المشتري مالكا للبيع ملكاً تاماً من يوم البيع الأول إلى يوم اطالة الميعاد وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٤٢٦ منه . فإذا شرط المتعاقدان تجديده بعد سنة سقط حق الاسترداد واعتبر البيع في السنة الأولى تاماً والاتفاق على الاطالة بيع جديد معلق على شرط

١٧٧٢ - إذا لم يعين المتعاقدان مدة للاسترداد في العقد اعتبرت المدة القانونية وهي خمس سنين (في المختلط ستان) اذ يحمل السكوت على رغبة المتعاقدين في اختيار المدة القانونية . وفي الواقع كل تحديد لها غير هذا يكون ترجيحاً بلا مرجح . وبهذا المعنى حكمت محكمة الاستئناف الأهلية في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة

١٧٧٣ - وتبتدى مدة الاسترداد من «تاريخ البيع» (مادة ٣٤١ أهلى ٢٦ مختلط)
وعلى هذا لا يجوز احتسابها من تاريخ التسليم أو تاريخ دفع الثمن بل تحسب من
تاريخ العقد

على أن المتعاقدين الاتفاق على جعلها تسرى من تاريخ التسليم أو تاريخ دفع الثمن
بشرط أن لا يكون الغرض من ذلك التحايل على جعل المدة تتجاوز الخمس سنين
المقررة قانوناً

١٧٧٤ - اذا علق نفس بيع الوفاء على شرط موقف فلا تبدأ مدة الاسترداد
الأ من تاريخ وقوع الشرط الموقوف لأن الملكية لا تنتقل من البائع الى المشتري
والثمن لا يستحق الدفع الأ من التاريخ المذكور فوجب ان الاسترداد لا يبدأ ميعاده
الأ منه أيضاً

١٧٧٥ - وتحسب مدة الاسترداد بحسب القواعد العامة فلا يحسب اليوم الذى
وقع فيه البيع وانما يحسب اليوم الأخير غير أنه لما كان الاسترداد يجب أن يحصل
قبل انقضاء الميعاد لا فى اليوم التالى وجب أن يحصل الاسترداد فى آخر يوم . وعلى
ذلك اذا كان بيع الوفاء لمدة خمس سنين من أول مايو سنة ١٩١٥ فيكون انقضاء
المدة فى أول مايو سنة ١٩٢٠ - بودرى ص ٦٤٥ والبانديت فقرة ٢٧٨٦ بيع ج ٥٩
١٧٧٦ - ولا يجوز طلب الاسترداد بعد انقضاء المدة ولو كان آخر يوم الميعاد
المضروب له يوم عيد لأن الأمر هنا لا يتعلق باجراآت خاصة بقانون المرافعات
وانما يتعلق بوقوع شرط يجب أن يحصل طبقاً لما اتفق عليه المتعاقدان -
بودرى ص ٦٤٥ فقرة ٦١١

١٧٧٧ - ولما كان اشتراط الاسترداد عبارة عن شرط فاسخ للبيع رتب
القانون على ذلك القواعد الآتية :

أولاً - ان الميعاد المحدد للاسترداد ميعاد محتم فلا يسوغ تجاوزه واذا تجاوزه
المسترد سقط حقه ولم يكن للمحكمة أن تميز الاسترداد بعد الميعاد فى أى حال من

الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة - مادة ٣٤٢ (٤٢٧ مختلط)

فلا تجوز الاطالة ولو أصبح من له حق الاسترداد قاصراً لوفاة مورثه أو محجوراً عليه أو غائباً حتى ولو لم يعين لهم من ينوب عنهم قانوناً كوصى أو قيم . فتى انقضى الميعاد سقط حق الاسترداد لأن النص لا يحتمل التأويل « في أى حال من الأحوال » ولا يجوز إيقاف سريان المدة لأن المسألة هنا مسألة وقوع شرط فاسخ لا مسألة اكتساب حق أو زواله بمضى المدة

وقد نصت المادة ١٦٦٣ من القانون الفرنساوى على سريان هذا الأجل قبل القاصر وحفظت له الحق قبل المقصر قانوناً اذا دعت الحال . وليس ما يمنع بحسب القواعد العامة من الرجوع على وصى القاصر اذا قصر في استرداد المبيع مع وجود مصلحة ظاهرة في الاسترداد ووجود مال للقاصر كاف لاداء الثمن والمصاريف

ثانياً - ليس للحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق وجواز الاسترداد بعد الميعاد لأنه محتم . حرم القانون بهذا النص على القاضى أن يعطى المهلة التى تجوز له بمقتضى المادة ١٦٨ أهلى (٢٣٠ مختلط) إذ الغرض ليس تسهيل الأمر على مدين أعسر فضاق حاله بل لتحقيق شرط تتوقف عليه ملكية المبيع فيجب أن يقع الشرط بحسب اتفاق المتعاقدين . ولما كان المتعاقدان لا يجوز لهما اطالة المدة فلا يجوز ذلك أيضاً لنفس القاضى لأن الاتفاق قانون المتعاقدين

وإذا تمّ الاتفاق بين المتعاقدين وقت البيع على ميعاد أقل من خمس سنين فليس لهما بعد ذلك أن يطيلاه بعقد آخر اذا ترتب على ذلك مساس بحقوق الغير التى يكتسبها من المشتري . فاذا جعلت المدة ثلاث سنين ولم يسترد البائع المبيع فى هذه المدة أصبح المشتري مالكا له نهائياً والحقوق التى أعطاهما للغير تكون نهائية لأنه ليس للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل شروط تضر بحقوق غيرهما

فاذا رهن المشتري وفاء المبيع رهناً عقارياً فان المرتهن ينتظر أن يصبح العقار ملكاً للراهن فليس للمتبايعين اذن أن يضيعا عليه هذا الأمل الذى أباحه له القانون أما

الاطالة بين المتعاقدين فحكمها انها تعتبر وعداً يبيع جديد بمعنى أن المشتري وعد أن يبيع بيعاً جديداً العين للبائع الأول وعلى ذلك لا يقال انه مسترد للعين بل مشترها « راجع بودرى فقرة ٦١٣ ص ٦٤٧ »

والفرق بين الأمرين انه في حالة الاسترداد يزول أثر البيع ويعتبر كأنه لم يحصل وتسقط بناءً على ذلك الحقوق التي رتبها المشتري كرهن أو حق انتفاع لأن المشتري يعتبر أنه لم يملك المبيع مطلقاً . أما اذا اعتبر وعداً بالبيع من جديد فأحكام البيع الأول تكون صحيحة والحقوق التي تترتب عليه تبقى ولا تزول

ويترتب على هذا أيضاً الفرق في دفع رسوم التسجيل ففي حالة استرداد بيع الوفاء يعتبر فك بيع أما الثاني فيؤخذ عليه رسم البيع

ثالثاً — قررت المادة ٣٤٠ بأنه اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري . وهذا يؤيد ما ذكر في الفقرة السابقة من أن مجرد انقضاء المدة بغير توفية الشروط يترتب عليه سقوط الحق في الاسترداد بلا حاجة لصدور حكم بذلك

المبحث الثالث — في كيفية الاسترداد

١٧٧٨ — اذا أراد البائع الوفاء بالشروط المقررة لرد المبيع فلا يخلو الحال اما أن يتفق المتعاقدان على ذلك أولا يتفقا

فإذا اتفقا على ذلك دفع البائع الثمن والمصاريف ورد المشتري المبيع وكان المحرر المثبت لهذا الاتفاق حجة على المتعاقدين فيما يتعلق بطلب الاسترداد قبل انقضاء الميعاد غير أنه يلزم أن يكون ذا تاريخ ثابت ليكون حجة على الغير — مادة ٢٢٨

١٧٧٩ — أما اذا لم يتفقا وجب على البائع تلافياً لسقوط حقه في الاسترداد — اذا كان لم يرفع به دعوى — أن يعلن رغبته في استرداد المبيع قبل فوات الميعاد المتفق عليه وأن يعرض على المشتري اداء الأشياء المنصوص عليها في مادة ٣٤٤ بورقة قضائية أى مغلنة على يد محضر أو غير قضائية كمجرد خطاب وانما يفضل أن يكون الإخبار بخطاب موصى عليه اثباتاً لاستعمال الحق في الميعاد

فتمى أثبت البائع انه استعمل حقه فى الاسترداد فى الميعاد القانونى وأوفى بالشروط المطلوبة فى مادة ٣٤٤ يعتبر الشرط تاماً لأن امتناع المشتري او عدم اتفائه مع البائع لا يجوز أن يحولاً دون تحقق الشرط المذكور

ومن المتفق عليه ان ابداء الرغبة فى الاسترداد يجوز اثباته بكافة الطرق القانونية الا انه لا يكون حجة على الغير الا بالتاريخ الثابت

١٧٨٠ - ويجب على البائع ان يعرض على المشتري أن يؤدى له جميع الأشياء المنصوص عليها فى مادة ٣٤٤ وهى الثمن والمصاريف القانونية وذلك فى الاعلان المرسل للمشتري برغبته فى الاسترداد حتى يعتبر الشرط تاماً طبقاً للقانون

١٧٨١ - ولكن هل يجب ان يكون عرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً أو ان مجرد عرض اداء الأشياء المنصوص عليها قانوناً يعد كافياً؟

خالف الشراح فى فرنسا أحكام المحاكم فالرأى الغالب عند الشراح ان العرض الحقيقى لازم

أما المحاكم فقضت بأن مجرد ابداء الرغبة فى الاسترداد فى الميعاد كاف ولا داعى لعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً مشفوعاً بإيداعه فى المحكمة - محكمة نقض فرنسا ٥ فبراير سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ ص ١٢٢

أرتكن الشراح على نص المادتين ١٦٥٩ و ١٦٧٣ القاضيين بوجوب اداء الثمن وعلى قواعد الشرط الفاسخ وقالوا بأن الشرط هنا معاق على حادثة مستقبلية وغير محققة وهى رد الثمن والمصاريف فاذا مضى الميعاد ولم ترد فكأت الشرط لم يتم وحينئذ يسقط الحق فى الاسترداد

وارتكنت محكمة النقض على عدم وجود نص فى القانون يقضى بالعرض الحقيقى وقد يتفق ان كل عاقد يلزم برد أشياء تستدعى محاسبة وعلى أن المادة ١٦٧٣ فرنساوى جعلت للمشتري حق حبس العين اذا لم يدفع له كامل الثمن وفى هذا دليل على أنه قد يتأخر دفعه عن الميعاد المتفق عليه للاسترداد

لاحظ الشارع المصرى هذا الخلاف فعدل فى تركيب مواده وفى عباراتها

قصر تعريف بيع الوفاء على اشتراط استرداد المبيع واعادة الأشياء الى الحالة التي كانت عليها أولاً (مادة ٣٣٨) وحذف من نص المادة ١٦٥٩ فرنساوى المقابلة لها عبارة « فى مقابل رد الثمن الأصيل والأشياء المنصوص عليها فى مادة ١٦٧٣ منه » وقال فى مادة ٣٤٤ بأنه لا يجوز فسخ البيع إلا اذا « عرض » البائع على المشتري فى الميعاد المعين ان « يؤدى له » على الفور الأشياء الآتى يانها عادلاً بذلك عن نص المادة ١٦٧٣ التى قضت بأنه : يجب على البائع الذى يستعمل حقه فى الاسترداد أن يؤدى أصل الثمن الخ . ويؤخذ من هذا ان البيع معلق على شرط « عرض الاداء » لا على نفس « الاداء »

ويلاحظ من جهة أخرى ان عدوله عن التعبير الذى عبر به فى مادة ١٧٥ الخاصة بالديون العادية حيث ذكر ان العرض يكون بالتطبيق للقواعد المينة فى قانون المرافعات ولم يذكر شيئاً من ذلك هنا انه يقصد مجرد « العرض » أى مجرد اثبات رغبة البائع فى انه مستعد لاداء الثمن واسترداد المبيع فى الميعاد . وهو أمر طبيعى لأن العرض اثبات استعمال الحق اما العرض الحقيقى فقد يتعذر لعدم معرفة مقادير ما صرفه المشتري من المصاريف اللازمة او أوجد من التحسين وقد يختلف مع البائع فى قيمتها ومن المقرر من جهة أخرى أن التسليم والاستلام يحصلان فى وقت واحد فاداء الثمن يجب أن يحصل وقت تسليم المبيع

لهذا أجمعت المحاكم الأهلية والمختلطة على أن العرض الحقيقى غير لازم بل يكفى لحفظ حق البائع فى الاسترداد أن يعرض على المشتري فى المدة المعينة فى العقد استعداد له رد الثمن اليه عند استلامه العين خلافاً لما هو مقرر فى حالة عرض الديون الاعتيادية الأخرى

وقد استندت المحاكم فى أحكامها على أن الشارع قصد ان يكون دفع الثمن والمصاريف عند الاستلام لأن تنفيذ العقود الملزمة للجانبين يستدعى ذلك إذ الاستلام والتسليم فى حكم بيع جديد

وعلى انه يظهر من مقارنة المادتين ٣٤٤ و ١٧٥ أهلى (٤٣٠ و ٢٣٨-مختلط) ان العرض الحقيقى غير لازم فى بيع الوفاء لزومه فى حالة الدين العادى اذا اراد المدين أن يبرأ منه لأنه لا طريق للبراءة من الدين واعتبار المدين انه قام بالوفاء بدينه الا بعرضه عرضاً حقيقياً وايداعه فى صندوق المحكمة . أما البائع وفاء فلا يلزم الا بأن يعلم المشتري قبل انقضاء الميعاد برغبته فى استرداد العين - راجع حكم الاستئناف المختلط فى ١٩ ابريل سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ٢٣٧ والسنة الجزئية ١٨ سبتمبر سنة ٩٩ مجموعة رسمية أولى ص ١٠٦ وقنا الأهلية الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ٩٠٣ مجموعة رسمية عدد ٤٥ ص ٩٢

١٧٨٢ - قد يعترض على طريقة عدم استازام العرض الحقيقى بأنها تفسح المجال للمباطلين فيعلنون رغبتهم فى الاسترداد ثم يلازمون جانب السكوت ويحاولون فى دفع الثمن والمصاريف التى يجب عليهم دفعها ولكن الاعتراض ظاهرى فالمشتري طرق عديدة لكفالة حقه واليك البيان

حقوق المشتري
اذا تأخر البائع
فى دفع الثمن

للمشتري اذا تأخر البائع فى الدفع أن يحبس العين حتى بوذى البائع له ثمنها ومصاريفها . وله أن يحجز على سائر اموال البائع ويبيعها هى ونفس الشيء المطلوب استرداده لاستيفاء الثمن والمصاريف لأنه أصبح دائئاً له حق المطالبة بها بمجرد عرض البائع لها فى الميعاد والتزامه بادائها فله ما لكل دائئ من الحقوق

وعيب هذه الطريقة ان الحجز يعد تنازلاً من المشتري عن حقه فى حبس العين وحينئذ لا تكون له فائدة من اتباع هذا الطريق لانه يعتبر دائئاً عادياً لا امتياز له على الثمن وقد يسبقه الدائنون المرتهنون للعقار ولو كسبوا حقوقهم بعد طلب الاسترداد لهذا جرت المحاكم فى أحكامها على أنه يجوز للمشتري أن يطلب الدفع فوراً من البائع فاذا لم يذعن طلب من المحكمة أن تضرب له أجلاً يدفع فيه بحيث اذا لم يدفع يسقط حقه فى الاسترداد ومتى سقط حقه أصبح المشتري مالكا للعين ملكاً نهائياً

واعتبر أن البائع لم يوف بالشروط المقررة للاسترداد - بودرى قرة ٦١٧

١٧٨٣ - وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بفرنسا بأن للقاضى أن يحدد لدفع

الثن أجلاً بحيث إذا انقضى ولم يدفع فيه البائع الثمن سقط حقه في الاسترداد وأصبح المشتري مالكا بصفة نهائية للمبيع — ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز س ٧٣ ص ١٨٢ ويعمل الشراح ذلك بأن اعلان الرغبة في استرداد المبيع في الميعاد يعيد المالك للبائع معلقاً على شرط موقف وهذا الشرط هو رد الثمن والمصاريف فإذا لم يحقق الشرط لا يفسخ البيع ويبقى المشتري مالكا للمبيع

١٧٨٤ - ويترتب على عدم استلام العرض الحقيقي انه لو عرض البائع الثمن والمصاريف عرضاً حقيقياً ثم ظهر ان العرض غير مستوف شرائطه القانونية فلا يبنى على ذلك سقوط حق البائع في الاسترداد لأن بطلان اجراءات لا فائدة منها لا يترتب عليه ضياع حق استعمال في الميعاد المحدد

أما اذا عرض البائع عليه أداء بعض الشروط المقررة في المادة ٣٤٤ بأن أقص مثلاً المصاريف المترتبة على البيع ولم يصرح برغبته في ادائها هي وجميع الأشياء القانونية كان العرض ناقصاً واعتبر أنه لم يقم بالشروط المطلوبة قانوناً وحينئذ لا ينتج العرض مفعوله واذا انقضى الميعاد قبل أن يتم عرض ما وجب عليه بأكمله سقط حقه في الاسترداد

١٧٨٥ - للمتعاقدین اشتراط عرض الثمن والمصاريف عرضاً حقيقياً وهذا الشرط شرط العرض الحقيقي جائز لأن الاتفاق قانون المتعاقدين ولا يعد حينئذ البائع مسترداً الا اذا أوفى بالشرط وقام بالعرض الحقيقي - بودرى ققرة ٤١٩

١٧٨٦ - للبائع أن يتنازل عن حقه في استرداد المبيع وفاء وهذا التنازل يجعل المشتري مالكا ملكاً نهائياً للمبيع عن الاسترداد

والتنازل اما أن يكون بالصراحة أو الدلالة كأن يصدق على البيع الصادر من المشتري وفاء لآخر بغير حفظ حقه في الاسترداد

١٧٨٧ - وقد حكمت محكمة النقض بفرنسا بأن البائع الذي طلب الاسترداد في الميعاد ثم سكت مدة طويلة (سنين) بغير أن يدفع ما هو مطلوب منه يعد متنازلاً تنازلاً ضمناً عن حقه في الاسترداد

ولكن هذا الحكم حكم ظروف لا حكم مبدأ لأن القانون لم يحدد ميعاداً للدفع بعد ابداء الرغبة في الاسترداد . وإذا أراد المشتري استيفاء دينه حالاً فله أن يتخذ الاجراءات اللازمة لاجبار البائع على الدفع أو يطلب من المحكمة تحديد ميعاد للدفع بحيث اذا لم يدفع فيه البائع الثمن والمصاريف سقط حقه كما ينأ . وعلى كل حال يرجع تقدير التنازل الضمني لفطنة المحكمة فتقدره بحسب الظروف والأحوال

المبحث الرابع - من له حق الاسترداد

١٧٨٨ - حق الاسترداد هو طبعاً للبائع ثم لورثته البالغين فان كانوا قصر فلو صيهم اذا كان للقاصر مال وفي الاسترداد مصلحة له لأنه واجب على الوصي أن يعمل كل ما فيه خير للقاصر

لغير الأهل كالمحجور عليه أن يسترد المبيع وفاء ويفسخ البيع مقابل قيامه بالشروط القانونية وذلك لأنه لا يجوز للمشتري أن يطلب ابطال الاسترداد اذ البطلان هنا نسبي وخاص بالبائع وحده (مادة ١٣٢ مدني) . وعلى ذلك لا يقبل من المشتري الادعاء بأنه أصبح مالكا ملكاً نهائياً بحجة أن المسترد غير أهل . إلا أنه في هذه الحالة ليس للقاصر أو لعيدهم الأهلية أن يجرىء النتائج المترتبة على طلب الاسترداد فيدعى أنه صار مالكا للعين ولكن تعهده بدفع الثمن والمصاريف باطل اذ الوفاء بشرط اداء الثمن والمصاريف لا بد منه لصحة الاسترداد . واذا طلب البطلان كان ذلك قرينة ضمنية على التنازل عن الوفاء بالشروط المقررة قانوناً وحيثئذ يسقط حقه وانما يلاحظ ان محل ذلك ما اذا استعمل غير الأهل حقه في الاسترداد بلا تقاض أما اذا دعا الحال للتقاضي وجب أن يمثل في الدعوى فيها النائب عنه شرعاً كالقيم لأنه لا يجوز له أن يقاضي بنفسه

١٧٨٩ - وحق الاسترداد ليس من الحقوق المتعلقة بشخص البائع أو ورثته وانما

هو حق مالي يترتب عليه ما يأتي :

١ - للبائع جواز إحالته للغير متى توفرت شروط الحوالة وله حال إليه أن يطلب الاسترداد في الميعاد المضروب بعد الوفاء بالشروط المطلوبة

وتطبيقاً لذلك حكم بأن حق طلب الاسترداد قابل للتحويل كسائر الحقوق الأخرى وعرض اداء الثمن والمصاريف القانونية مبريء للطالب لو حصل قبل الميعاد -
« محكمة مختلطة ٧ ديسمبر سنة ١٩٩ سنة ١٢ ص ٢٣٦ »

وإذا باع البائع العين المبيعة وفاء الى آخر يباعاً مطلقاً يعتبر أنه تنازل ضمناً عن حق الاسترداد لانه مادام له أن يحيل حقه الى آخر فالبيع يتضمن أنه أحاله - بودرى ققرة ٦٢٨

٢ - لدائن البائع أن يطلب الاسترداد باسم مدينه عملاً بنص المادة ١٤١ أهلى ولكنه متى طلبه اعتبر متعهداً شخصياً باداء الثمن والمصاريف للمشتري وجاز للمشتري حينئذ أن ينفذ بقيمتها على أمواله وللدائن حينئذ حق الرجوع على مدينه . غير أنه ليس للدائن أن يستعمل هذا الحق الا اذا كانت أموال مدينه لا تفي بالسداد ففي هذه الحالة فقط يكون اهمال طلب الاسترداد مضراً به . وقد أجاز القانون الفرنساوى للمشتري وفاء أن يطلب من الدائن الذى يقيم الدعوى باسم مدينه أن ينفذ أولاً على أموال مدينه الأخرى لأنه اذا نفذ عليها واستوفى دينه منها أصبح لا صفة له فى استرداد المبيع وفاء - مادة ١٦٦٦ فرنساوى

المبحث الخامس - ممن يطلب الاسترداد

١٧٩٠ - يطلب الاسترداد من المشتري

ولكن قد يتفق ان المشتري وفاء يبيع العين لآخر بمقابل أو بغير مقابل فإذا يكون الحال؟

نصت المادة ٣٤٣ على أنه « يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال »

وذلك لأن ملك المشتري وفاء معلق على شرط فاسخ . فحقوق من تلقى هذا الملك منه تكون أيضاً معلقة على هذا الشرط

وعلى ذلك يكون للبائع ان يطلب الاسترداد ممن ينتقل اليه الملك سواء علم بشرط الوفاء او لم يعلم لأنه لا تأثير لعلمه او جهله بهذا الشرط قبل البائع وفاء وانما يؤثر ذلك في الرجوع على من باع اليه هو في حالة تضمينه اذ الضمان يختلف في حالى العلم والجهل عند الاستحقاق كما قدمنا . ومن خواص الشرط الفاسخ ان يلحق الغير ولو لم يعلم به . لهذا يجب على المشتري ان يدقق عند الشراء ويراجع عقد تملك من باع اليه اذا خشى عاقبة مثل هذا الامر

١٧٩١ - ويتفرع على هذا النص ان للبائع دعويين . دعوى شخصية قبل المشتري منه ودعوى عينية قبل الحائز للعقار ومنشأ هاتين الدعويين واحد وهو حق استرداد المبيع

ولهذا يجوز له الاكتفاء بابداء رغبته في الاسترداد اما الى المشتري منه وحده واما الى من انتقل اليه الملك وحده وابداء الرغبة لأحدهما فاسخ للمبيع متى حصل في الميعاد

١٧٩٢ - وللبيع ايضا ان يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع بلا ضرورة لادخال المشتري في الدعوى . وذلك لأن كل ما يفرض على البائع هو المطالبة وعرض الاداء في الميعاد وذلك بعكس حالة طلب الفسخ بسبب عدم دفع الثمن اذ يشترط فيها رفع الدعوى على المشتري والحائز للعقار (راجع فيما تقدم فقرة ١٦٥٦) ولكن بما ان الدعوى ترفع قبل الحائز للعقار بهذه الصفة فاذا انتقلت من يده ليد اخرى فلا ترفع الدعوى الا قبل الحائز مثال ذلك زيد باع لبكر وهذا باع لخالد فالدعوى لا ترفع الا على خالد الحائز او على زيد المشتري لأن تعهده شخصي اما رفعها على بكر فلا قيمة له .

وطلب الاسترداد من شخص كان حائراً وباع لا قيمة له - تقض فرنسا في ١٧

فبراير سنة ١٨٨٥ (دالوز ٨٥ ص ٢٥٥)

ولكن طلب الاسترداد من المشتري وفاء جائز ولو انتقلت الملكية منه لأنه كان

متعهداً شخصياً قبل البائع فطلب الاسترداد منه صحيح ولو لم تكن العين في حيازته وفسخ البيع قبله يترتب عليه فسخه قبل جميع من تلقوا الحق عنه

١٧٩٣ - ومن التبصر أن يطلب دائماً الاسترداد من المشتري لأن الطلب منه أو مقاضاته دائماً صحيحة بعكس طلب الاسترداد من شخص انتقل إليه الملك فقد يظهر أنه كان تصرف في العين قبل وصول طلب الاسترداد إليه والبائع يجهل هذا التصرف

ومن المعلوم أن حق تتبع العين وطلبها من الحائز لها أيًا كان لا يرد الأعلى العقارات وقد يشاهد أيضاً في المقولات إذا كانت مجرد حقوق (غير مادية) أما إذا كان المتقول مادياً فلا يجوز بيعه وهو في حيازة آخر لأن الحيازة دليل الملك ١٧٩٤ - ويجب على البائع إذا طلب الاسترداد من الحائز للعقار أن يؤدي له الثمن وجميع المصاريف المطالبة قانوناً

فإذا اختلف الثمن الذي اشترى به حائز العقار عن الثمن الأصلي بأن كان أزيد أو أنقص وجب على المشتري أن يدفع الثمن الذي قبضه في الأصل فقط والمشتري أن يرجع بالفرق على من باع إليه أن كان الثمن الذي دفعه زائداً على ذلك لأن البائع ضامن للثمن وأما في حالة شرائه بالنقص فيأخذ كل الثمن الذي تعهد بدفعه البائع وفاءً لأن جميع حقوق من اشترى منه نقلت إليه بالبيع - بودري فقرة ٦٣٣

المبحث السادس - فيما يترتب على شرط الاسترداد

١٧٩٥ - ينقسم الكلام على ذلك الى قسمين

١ - أحكام البيع في أثناء المدة المتفق عليها للاسترداد

٢ - أحكامه بعد طلب الاسترداد

١٧٩٦ - أما أحكامه بعد طلب الاسترداد أو بعد انقضاء الأجل بغير طلب

فالأمر فيها ظاهر وهو أنه إذا حصل الاسترداد عاد الشيء إلى ملك البائع واعتبر

أحكامه بعد
الاسترداد

المبيع كأنه لم يخرج من ملكه وكأن ملكيته له لم تزل
وإذا لم يحصل بقى المشتري مالاً للعين كأنه اشتراها من تاريخ التعاقد بصفة
بيع تام

أحكام البيع أثناء مدة الاسترداد

١٧٩٧ - نبيان ذلك يجب أن نبين حقوق كل جانب من المتعاقدين ولنبدأ حقوق المشتري

بحقوق المشتري

من المعلوم انه بمجرد بيع الوفاء يصبح المشتري مالكا في الحال للمبيع على شرط
الاسترداد أى مالكا بشرط فاسخ . وهذه الملكية وإن كانت معلقة على شرط فاسخ
لكنها تخول للمشتري جميع الحقوق المترتبة على الملك . فله إدارة المبيع والتصرف فيه
تصرفاً معلقاً على الشرط المعلق عليه حقه . ومعنى ذلك أنه ينتفع بالمبيع بالكيفية التي
يراها ويستغله ويؤجره ويتصرف فيه بسائر التصرفات الجائزة للمالك . وليس للبائع
أن يعارضه في الانتفاع أو يمنعه من اجراء ما يريد ما لم يشترط خلاف ذلك حتى
ولو أدى الاستغلال لإتلاف المبيع . فله أن يهدم البناء وأن يقطع الشجر كما يفعل
المالك ملكاً تاماً وليس للبائع أن يحول بينه وبين ذلك إلا بطريق واحد هو طريق
استرداد المبيع

وله أن يبيع بعوض أو بغير عوض وإن يرهن وإن يرتب حقوق ارتفاق وغيرها
من الحقوق العينية ولا حد ولا نهاية لتصرفه إلا كونها قابلة للفسخ
وله أن يمنح جميع الحقوق التي يجوز للمالك ملكاً تاماً منحها وأن يضم لمدة وضع
يده مدة وضع يد من انتقل الملك منه اليه (مادة ٧٧ أهلى) لأنه بالشراء انتقلت
اليه حيازة البائع فتستمر حيازته . ويجوز له أن يرفع جميع دعاوى وضع اليد كما كان
ذلك جائزاً للبائع له . وله أن يرفع دعوى الاستحقاق بشأن المبيع اذا دعت الحال
وكذلك للبائع أن يضم مدة وضع يد المشتري وفاء الى يده لأن الحيازة قلت

اليه منه (٧٧ أهلى) اذ المشتري يعتبر حين وقوع الشرط إما مالكا لحسابه أو لحساب
البائع له فاذا فسخ البيع كانت الحيازة لحساب البائع وكان مثله كمثل المستأجر
١٧٩٨ - أهم مسألة يجب البحث فيها هي معرفة ما اذا كان حق البائع شخصياً
أو عينياً

حقوق البائع

قالت المحاكم انه حق شخصى وقال الشراح انه حق عينى
ومبنى الرأى الأول انه بمجرد بيع الوفاء تنتقل الملكية بكلياتها وجزئياتها الى
المشتري بحيث لا يبقى للبائع أى حق عينى والبائع لم يحفظ لنفسه غير حق الاسترداد
فهو دائن بالنسبة لهذا الحق لا مالك ونفس شرط استرداد الملكية يفيد ذلك :
ويتفرع على هذا الرأى ما يأتى :

أ - ان البائع لا يملك بيع العقار المبيع وفاء لا بيعاً تاماً ولا بيعاً معلقاً على شرط
الوفاء واذا باع كان بيعه باطلاً لأنه من غير مالك - محكمة النقض ٤ أغسطس سنة ١٨٢٤
فقرة ٦٤٠ بودرى والبانديكت فقرة ٢٨٣٣

ولكن المحاكم مع هذا قررت أن بيع العقار الصادر من البائع قبل استرداد المبيع
يستلزم التنازل عن حق طلب الاسترداد ضمناً فلمحال اليه أن يطلب الاسترداد من
المشتري ومتى طلبه أصبح مالكا للمبيع كما اذا باعه له البائع بيعاً تاماً - بانديكت فقرة
٢٨٣٤ بيع ج ٥٩

ويحتج بهذا التحويل على الغير متى كان ثابتاً بوجه رسمى مادة ٣٤٩ أهلى
ب - ليس للبائع وفاء ان يرهن العقار المبيع أو يرتب عليه حق ارتفاق أو اى
حق عينى آخر لأنه ليس بمالك وعلى هذا يجوز للمحال اليه بعد استرداده العين أن
يطلب محو الرهون والتسجيلات التى تكون وقعت على العين المبيعة اثناء تعليق
الشرط اى فى غضون المدة المحددة للاسترداد

ج - يجوز للمشتري ان يخلص العقار من الرهون التى ترتبت من البائع على
العقار المبيع وفاء (مادة ٥٧٩ مدنى وما بعدها) . ويكون لهذا التخليص اثر نهائى

حتى بعد الاسترداد لأن الرهن اذا اتقضى يتقضى بصفة نهائية قبل جميع الدائنين حتى من لم ينله شيء في التوزيع لتأخير درجة دينه

فالتسجيلات تشطب بصفة قطعية واستعمال حق الاسترداد لا يعيدها مرة ثانية ويترتب على ذلك انه اذا تنازل البائع - بعد تخلص المبيع من الرهون - عن حقه في الاسترداد مقابل مبلغ من النقود فلا يكون هذا المبلغ من حق الدائنين المرتهنين الذين لم يكف ثمن المبيع في الوفاء بديونهم فقط بل يكون من حق عموم الدائنين ويوزع بينهم بنسبة دين كل منهم

فبنى كل ما تقدم من الاستنتاجات أن البائع لا يملك المبيع وفاء أثناء تعليق الشرط ١٧٩٩ - ولكن المؤلفين لم يقرؤا هذا الرأي بل يعتبرون البائع وفاء مالكا بشرط موقف وما دام مالكا فحقه عيني ويستندون في تأييد رأيهم على ان المشتري وفاء مالك بشرط فاسخ . فاذا طلب البائع الاسترداد زال ملك المشتري المذكور عن المبيع واعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع لأن الحالة تعود الى ما كانت عليه قبل التعاقد وكان البائع لم يبيع مطلقاً وبعبارة اخرى كانت ملكيته دائماً مستمرة وعلى هذا يجب ان يعتبر البائع مالكا بشرط موقف والأصار الشيء المبيع غير مملوك لأحد أثناء تعليق الشرط لأننا يننا بأنه بعد الاسترداد لا يعتبر مملوكاً للمشتري في المدة التي تمضي بين تاريخ البيع وتاريخ الاسترداد .

فيستلخص من ذلك ان الملكية تكون بأكملها للمشتري اذا لم يتم الشرط وتكون بأكملها للبائع اذا تم وحصل الاسترداد . وهذه النتيجة هي دائماً من مستلزمات الشرط الفاسخ فانه اذا ملك شخص شيئاً بشرط فاسخ وجب أن يكون هنالك مالك آخر بشرط موقف لأن وقوع الشرط الفاسخ يعيد الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد

ويقولون ان القانون يؤيد رأيهم فقد أجاز للبائع أن يطلب الاسترداد من أى حائز انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد في عقد الانتقال وقضى بأنه عند رجوع

المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه البائع خالياً من كل حق أو رهن وضعه عليه المشتري .
(١٦٦٤ و ١٦٧٣ فرنسي و ٣٤٣ و ٣٤٥ أهلي و ٤٢٩ و ٤٣١ مختلط) ومعنى ذلك
ان البائع وفاء يبقى مالكا بشرط موقف بينا المشتري مالك بشرط فاسخ فاذا وقع
الشرط الفاسخ عادت الملكية الى البائع خالية من كل أثر ترتب على حق المشتري بالوفاء
على أن رأى الشراح في اعتبار حق البائع حقاً عينياً لا يمنع ما له من الحق
الشخصي قبل المشتري حتى ولو انتقل المبيع الى يد أخرى فان للبائع دائماً حق
طلب الاسترداد من المشتري مباشرة ولو باع العين لآخر - انظر فقرة ١٧٩١ المتقدمة
وما بعدها

والنتائج التي تترتب على رأى الشراح هي :

١ - للبائع ان يتصرف في المبيع باعطاء حقوق عينية عليه فله أن يبيع أو يرهن
أو يقايض أو يمنح حق ارتفاق أو غيره من سائر الحقوق وانما تكون معلقة على شرط
موقف وتزول كلها اذا لم يقع الشرط أى اذا لم يحصل الاسترداد

٢ - واذا سعى المشتري في تخليص الرهون التي حصلت من البائع (مادة ٥٩٧ مدني)
فيكون تخليصها في فائدته وحده فقط . فاذا عاد الملك للبائع زال أثر التخليص لأن
ملكية المشتري زالت وتعتبر اذن الرهون باقية على ملك البائع لأن المفروض أن
ملكته لم تزل بعد تمام الشرط وغاية الأمر ان تلك الرهون لا تأخذ درجتها الأولى
بل تلي الرهون التي تكون تسجلت اثناء عدم وجود التسجيلات الخاصة بها

والخلاصة من ذلك ان البائع يكون مالكا بشرط موقف والمشتري مالك بشرط
فاسخ والشرطان معلقان على حادثة واحدة هي طلب الاسترداد فاذا حصل زال أحد
الحقين وبقي الآخر فإما ان يبقى حق المشتري أو يبقى حق البائع . وأيها بقي يثبت
حق الغير المكتسب منه ويسقط حقوق الغير الضادرة من الآخر

المبحث السابع — فيما يترتب على استعمال حق الاسترداد

١٨٠٠ — يترتب على استعمال حق الاسترداد زوال البيع وإعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها قبل حصوله . ولهذا يجب على كل عاقد أن يرد ما أخذ . فالبايع يرد الثمن والمشتري يرد المبيع وهذان هما التعهدان الأصليان . وقد توجد التزامات أخرى يجب الوفاء بها وهي الواردة في المادة ٣٤٤ أهلى فقد قررت المادة المذكورة بأن البيع لا يفسخ إلا إذا عرض البائع وفاء على المشتري في الميعاد المعين أن يؤدي له على الفور الأشياء الآتى بيانها :

أولاً — أصل الثمن

ثانياً — المصاريف المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع
ثالثاً — المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم يؤدي أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي صرفها المشتري بشرط أن لا تكون فاحشة

وسنبين سبب ذلك فيما يلي :

الالتزام الاول

١٨٠١ — أول شيء يجب على البائع اداؤه هو أصل الثمن

عنى القانون بذكر « أصل الثمن » ليخرج الفوائد لأنها في مقابل ثمرة المبيع وقد استغلها المشتري . على أن اتفاق المتعاقدين على دفع فوائد غير محرم لأن المنع هنا ليس من النظام العام وإنما يكون قرينة على اعتبار العقد رهناً لا بيع وفاء

كذلك اتفاق المتعاقدين على زيادة الثمن في العقد لا يبطل العقد وإنما يفيد أن

المقصود به الرهن لأن الزيادة في مقام الفوائد

الالتزام الثانى

١٨٠٢ — ألزم القانون البائع أيضاً برد المصاريف المترتبة على البيع الوفاً وعلى

استرداد المبيع لأنه يترتب على الاسترداد فسخ المبيع وزوال ملك المشتري وبعبارة أخرى زوال كل منفعة عادت إليه من البيع . لهذا وجب على البائع أن يرد إليه رسوم

عقد البيع الوفاي ومصاريفه التي كان دفعها عملاً بنص المادة ٢٤٣ أهلى (٣٠٩ مختلط).

أما مصاريف الاسترداد فلا نزاع أنها فى فائدة المسترد ولذا حق عليه اداؤها
الالتزام الثالث ١٨٠٣ - لايضاح أحكام الفقرة الثالثة من المادة ٣٤٤ يجب بيان المقصود بالمصاريف

تقسم المصاريف فى العادة الى ثلاثة أقسام : ١ - مصاريف ضرورية

٢ - مصاريف نافعة : ٣ - مصاريف زينة

١ - أما مصاريف الزينة كاللويات والألوان وكساء الحيطان ورش الرمل مصاريف زينة

بالطرق فهى من الزخارف الكمالية ولا حق للمشتري فى طلب قيمتها خصوصاً وأنه يعلم بأن ملكه للمبيع معلق على شرط الاسترداد ويجوز نزعها من يده من وقت لآخر. فاذا أنفق شيئاً فى تزيين المكان وزخرفته فلتكن النفقة على حسابه لأنها لا تزيد فى قيمة المبيع انما للمشتري أن ينزع تلك الأشياء أو يأخذها بشرط إعادة المبيع لحالته الأصلية - بودرى فقرة ٦٤٨

٢ - أما المصاريف الضرورية وهى التى لا بد منها لحفظ الشئ من التلف مصاريف

كاقامة حائط أو بناء سقف فواجبة على البائع بأكملها لأنه لو كان المبيع باقياً فى حيازته ضرورية

لاضطر لانفاقها

وقد أخرج القانون من هذا الوجه مصاريف الصيانة وجعلها على حساب المشتري

لأنه هو الذى كان يستغل المبيع وهذه المصاريف لازمة لصيانة الشئ. لا مكان الانتفاع

به واستثماره - انظر الفقرة التالية من مادة ٣٤٤ فقد قالت «غير ما صرفه لصيانة المبيع»

٣ - أما المصاريف النافعة وهى التى لا تلزم لحفظ الشئ وصيائه وانما تفيد فى مصاريف نافعة

تحسينه كشجر غرس وبناء جديد أقيم ومصرف حفر ومروى انشئت فلا تلزم البائع

الآن بقدر ما زاد بسببها فى قيمة المبيع بشرط أن لا تكون تلك المصاريف فاحشة

وقد أشار القانون لهذا النوع من المصاريف فى العبارة الأخيرة من الوجه الثالث

من مادة ٣٤٤ وجرى فى الزام البائع بها على مقتضى الأحكام العامة للقاضية بأنه

ليس للانسان أن يقتنى من مال غيره فلامشتري أن يسترد ما دفع بقدر ما اغتنى

البائع من الزيادة في العقار وان يجبس العين حتى يستوفي قيمة تلك المصاريف -
« مادة ٦٠٥ أهلى »

ويلاحظ أن القانون قيد المصاريف النافعة بقيدتين :

أولاً - اشترط أن تكون الزيادة في قيمة المبيع ناشئة عن المصاريف النافعة بقوله : ما زاد في « قيمة المبيع » بسبب « المصاريف الأخرى » : فخرج بذلك زيادة قيمة المبيع زيادة طبيعية أو لأسباب خارجة عن تلك المصاريف كأنشاء شارع أو مد سكة حديد وتسبب عن ذلك تصقيع المكان وزيادة قيمته

ثانياً - اشترط أن لا تكون المصاريف النافعة « فاحشة ». أراد الشارع بذلك أن يسهل على البائع سبيل الاسترداد وأن يحول بين المشتري وبين محاولته منع البائع منه بما يستتبع من الوسائل لأجباط أمله في استرداد المبيع. مثال ذلك أن يقيم المشتري عمارة ينفق عليها عشرة آلاف جنيه في أرض قيمتها ألف فقط . ومعلوم أن البائع كان استدان الثمن لضيق يده مؤملاً أن يحصل عليها في الميعاد فأنى له أن يحصل على عشرة أضعافه . رأى الشارع أن ذلك يعد سوء قصد من المشتري فيرد عليه قصده أو إهمال وسوء تصرف منه لأنه يعلم أن العين قابلة للاسترداد وعليه تبعة إهماله فاذا نازع بائع في مقدار المصاريف النافعة لأنها فاحشة وتبين للقاضي ذلك حكم بإلزام المشتري بتسليم العين بالحالة التي كانت عليها أولاً وان للمشتري ان ينزع ما أقامه ويأخذه لنفسه فان كان بناء هدمه وأخذ مواده أو شجراً قلعه وانتفع به بشرط إعادة الشيء الى حالته الأولى ولكنه لا يلزم البائع بهذه المصاريف مطلقاً وقد يدعو ذلك المشتري بأن يترك للبائع ما أوجده على المبيع بقيمة زهيدة

١٨٠٤ - وحق المشتري وفاء في إلزام البائع عند الاسترداد بدفع هذه حق المشتري في

حبس العين

المصاريف مضمون بما له من حق حبس العين عملاً بنص المادة ٦٠٥ مدنى أهلى

وعلى ذلك ليس للبائع أن يجبر المشتري على تسليم المبيع اذا لم يقيم بوفاء

الالتزامات السابقة من ثمن ومصاريف

والمشتري أن يتنازل عن حق الحبس اذا شاء ويسلم العين للبائع ولكن يصبح حينئذ دائناً عادياً

١٨٠٥ - وأضمن طريق للمشتري لإجبار البائع على الوفاء بهذه الالتزامات ان يطلب من المحكمة تحديد ميعاد للبائع لدفع الثمن والمصاريف بحيث اذا لم تدفع سقط حقه في الاسترداد حقه في طلب
تحديد ميعاد

١٨٠٦ - يجب على المشتري ان يرد المبيع كاملاً هو وملحقاته . ولكن ماذا يكون الحكم في أحوال الالتصاق (إضافة الملحقات للملك) التي تحصل أثناء تعليق الشرط اى قبل الاسترداد رد المبيع كاملاً

حكمها أنها تكون ملكاً للبائع لأنها تعد من ملحقات العقار والفرع يتبع الأصل فكل ما التصق بالملك مملوك لصاحبه - فتحي باشا ص ٧٠

والمشتري ضامن لما يتلف أو يعطب من المبيع بتقصيره أو فعله وذلك مقابل ما له من الحق في أخذ المصاريف الضرورية التي صرفها اذ يجب عليه أن يحفظ المال الذي يعلم أنه لا يملكه نهائياً واذا عاد للملكه وجب أن يعود سليماً . وعلى هذا انخصم قيمة التلف من قيمة التعويض الذي يستحق له عن التحسينات التي أجراها ويترتب على إعادة الشيء لحالته الأصلية عند الاسترداد وعدم امتلاك المشتري للمبيع انه اذا وجد مال مدفون أخذه البائع لأن المادة ٥٨ أهلى تقضى بأن المال المدفون يكون لملك الأرض التي وجد بها وليس للمشتري غير النصيب الذي يستحق لمن عثر على شيء - قارن بودرى فقرة ٦٥٣

١٨٠٧ - نصت المادة ٣٤٥ أهلى بأنه عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خالياً من كل حق أو رهن وضعه عليه المشتري وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لأحكام الشرط الفاسخ الذي يتناول ما سبقه من الحوادث تأثير الاسترداد
بالنسبة للغير

فالاسترداد يفسخ البيع ويعيد الحالة الى ما كانت عليه أولاً ويعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع والمشتري لم يملك مطلقاً وما دام المشتري اعتبر انه لم يكن

مالكاً فالحقوق الصادرة منه تعتبر أنها صادرة من غير مالك

وما يقال عن الحقوق والرهن يقال في البيع الذي يكون حصل من المشتري وفاة

١٨٠٨ - وهنا يلاحظ ان المادة ٤٣١ مختلط (المطابقة لمادة ٣٤٧ أهلى) تفيد ملاحظة على القانون المختلط

أن الامتداد يترتب عليه فسخ جميع رهون ولم تفرق بين ما وقع بحسن نية أو بسوء نية ولكن يظهر ان هذا النص مناقض لحكم المادة ١٧٦ مختلط التي قررت بصفة عامة ان فسخ العقود الناقلة للملك في العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين اذا كانت رهوناتهم مسجلة ومن المعلوم أن لا تأثير للتسجيل الآ مع حسن النية

ويلوح لنا أن الشارع المختط اختلط عليه الأمر في هذا الموضع ولم يتخذ الاحتياط اللازم للتوفيق بين ما قرر من المبادئ لمراعاة حقوق الدائنين وبين حكم المادة ٤٣١ التي نقلها حرفياً عن القانون الفرنسى فانه يلاحظ كذلك انه سبق فأظهر قصده في مادة ٤٢٤ مختلط بالمحافظة على حقوق الغير التي يكتسبها على العقار بحسب القواعد المقررة في باب التسجيل وليس في باب التسجيل مادة تشير لهذا الأمر بل المادة التي تكلمت على حقوق الدائنين عند الفسخ هي مادة ١٧٦ مختلط ولذا لم يفهم الغرض من هذا الحكم خصوصاً عند مقابله بمادة ٤٣١ لهذا أغفل الشارع هذا القيد في القانون الأهلى

١٨٠٩ - وقد استثنت المادة ٣٤٥ الاجارة فقضت بأن البائع ملزم بتنفيذها استثناء الاجارة

متى حصلت بغير غش وكانت مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين مع أنه كان من مقتضى عند الفسخ الفسخ أن تزول كسائر الحقوق الأخرى خصوصاً وان الاجارة لا تصح الا اذا كانت من مالك وقد زال ملك المشتري بالفسخ ولكن اعتبر ان للمشتري حق الادارة لأنه حائز للبيع وله الانتفاع به بنفسه أو بغيره والاجارة معتبرة من أعمال الادارة لا من أعمال التصرف

فاذا كان التأجير معاقباً على شرط الفسخ أضرب ذلك بحق المشتري لأن المستأجرين لا يقدمون على الايجار خوفاً من حصول الفسخ قبل الميعاد المتفق عليه

لهذا أراد القانون إلزام البائع باحترام الاجارة الحاصلة بغير غش
فاذا حصل استرداد المبيع فليس للبائع أن يطلب فسخ الاجارة واخراج المستأجر
في هذه الحالة لأن المراد بها مجرد انتفاع المشتري اثناء حيازته
أما اذا تبين وقوع غش كتواطؤ المشتري مع المستأجرين بأن قبل الاجارة
بنقص فاحش لاقترب الأجل . أو أجر قبل حلوله بزمان وجيز ولا ضرر من التأجيل
حتى ينتضى الأجل ويتبين حصول الاسترداد من عدمه . أو قبض جميع الثمن مقدماً
مع أن الأجل قريب . أو غير ذلك من طرق الغش كانت الاجارة قابلة للبطلان
وتقدير ظروف الغش أمر موكل للمحكمة

١٨١٠ - وقد اشترط القانون ان لا تكون الاجارة زائدة عن ثلاث سنين
لأنها ان زادت عن ذلك وبالأخص اذا اقترب انتهاء الأجل كان ذلك دليلاً على
سوء القصد والاضرار بالبائع
ولكن ماذا يكون الحال لو أجر المشتري العين المبيعة لمدة ست سنوات ابتداء
من تاريخ عقد البيع الحاصل لمدة خمس سنوات ثم حصل الاسترداد في نهايتها تماماً .
هناك رأيان

الرأى الأول - يجوز القول بأنه لما كانت الاجارة لمدة زائدة عن الثلاث سنين
المباحة طبقاً لنص المادة ٣٤٥ وجب انقاصها الى المدة القانونية ويعتبر المستأجر مدة
السنتين الباقيتين متفعلاً بالشيء المؤجر بناءً على ان الشروط القديمة تجددت ضمناً
بغير عقد عملاً بنص المادة ٣٨٦ أهلى

وعلى هذا يجوز للبائع اذا استرد العقار ان يطلب اخراجه بعد التنبيه عليه .
الرأى الثانى - ان البائع وان لم يكن ملزماً باحترام عقد الاجارة الصادر بها لمدة
تزيد عن الثلاث سنين ولكنه ملزم باحترام العقد متى كان صادراً بهذه المدة أو بأقل
منها وحينئذٍ يجوز تقسيم عقد الاجارة الى عقدين كل منهما بثلاث سنين . ويجب

على البائع اذن احترام العقد الثانى لأنه عن ثلاث سنين ويكون للمستأجر حق الانتفاع فى السنة الباقية بعد حصول الاسترداد متى تبين طبعاً ان الايجار حصل بغير غش

١٨١١ - اعتبر القانون ان حق الاسترداد غير قابل للاقسام فلا تسوغ المطالبة ^{استرداد المبيع} ^{بأكمله} إلا بالمبيع بأكمله كما يستفاد من نص المادة ٣٤٦ مدنى (٤٣٢ مختلط) التى قررت ان الاسترداد لا يقع إلا على « نفس المبيع » فليس للبائع أن يطلب بعض المبيع ويترك البعض للمشتري

وهذا النص وان كان فيه غموض ولكن الغرض منه ظاهر وهو وضع هذه القاعدة العامة فان العدالة تقضى بها . يستوى فى ذلك ان يكون المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً الى حصص . فاذا باع شخص عقاراً بيعاً وفائياً وجب عليه استرداد العقار الذى باعه لا جزءاً منه ولو كان هذا العقار مشاعاً لأن القانون أراد أن لا يجرأ طلب الاسترداد

كذلك ليس للمشتري أن يجبر البائع على استرداد مقدار أزيد مما باع حتى ولو كان المشتري اشترى القدر الزائد لأنه كان مشاعاً مع الحصة المبيعة ما دام الشراء حصل من تلقاء نفسه وذلك لأنه لا يجبر شخص على شراء ما لم يبيع . فاذا باع شخص نصف منزل مشترك مع أخ له بيعاً وفائياً فاشترى المشتري النصف الباقي بيعاً تاماً فليس للمشتري أن يجبر البائع على استرداد النصف الذى اشتراه بحجة أنه ما اشتراه إلا لكونه على المشاع

هذه هى القاعدة العامة ولكن القانون أدخل عليها بعض الاستثناءات فأجاز شراء مقدار أنقص أو أزيد مما بيع وبين ذلك فى الفقرة الأخيرة من مادة ٣٤٦ وفى مادة ٣٤٧ أهلى

١٨١٢ - الحالة الأولى - تجوز المطالبة بقدر أقل مما بيع اذا مات المشتري جواز استرداد وفاء وكان له ورثة . وفى هذه الحالة اما أن يبقى المبيع على المشاع بينهم أو يقسم . بعض المبيع وفاء واذا قسم فاما أن يقع بأجمعه فى نصيب وارث واحد أو يأخذ كل وارث حصته فيه

ففي كل هذه الأحوال يجوز استرداد بعض الحصص دون البعض سواء بقيت حصة كل وارث على المشاع أو فرزت وذلك لأنه لو أريد استرداد جميع العقار طبقاً للقاعدة الأصلية لترتب على ذلك مقاضاة جميع الورثة . ومن الميسور معرفة حصة كل وارث ومطالبته بها لأن الوارث ليس له حقوق أكثر من مورثه فإذا ملك الحصة فقد ملكها بشرط فاسخ كما كان يملكها مورثه ولا ضرر من مطالبته بحصته لأنه مالك لها على الاستقلال ولا يهمه أطلبت حصة الوارث الآخر أم لم تطلب

وقد أراد القانون أن لا يلزم البائع بمقاضاة جميع ورثة المشتري فترك له الخيار في مقاضاتهم جميعاً أو في طلب الاسترداد من بعضهم دون البعض ولكنه قصر هذا الخيار على حالة تقسيم العين بين الورثة إلى حصص مشاعة ومفروزة . فإذا لم يقسم المبيع إلى حصص مشاعة ولا مفروزة بل وقع بأكمله في نصيب أحد الورثة وجب الرجوع إلى القاعدة العامة وهي طلب استرداد المبيع بأكمله من الوارث الحائز له لأن علة جواز التجزئة غير موجودة ولأن المادة ٣٤٦ مدني قصرت الاستثناء على الحصص المشاعة بين الورثة أو المفروزة التي يملكها كل منهم ولم تتناول حالة ما إذا وقعت الحصة في نصيب شخص واحد

١٨١٣ - إذا طلب استرداد بعض الحصص دون البعض قسم الثمن بنسبة كل حصة

وهنا تعرض مسألة ما إذا كان يجوز لباقي الورثة طلب الحصة التي استردها البائع بالشفعة أو لا يجوز

والجواب ان في المسألة شكاً وجهه ان الاسترداد لا يعد بيعاً وإنما هو فسخ للبيع والشفعة لا تجوز إلا في البيع

١٨١٤ - قلنا ان للبائع أن يسترد المبيع من أحد الورثة اذا وقع بأكمله في نصيبه واستعمال هذا الحق لا يسقط حق البائع في جواز مطالبة الورثة بصفتهم حلوا محل مورثهم وذلك لأننا قدمنا بأن للبائع أن يطلب استرداد المبيع ممن يكون انتقل إليه

أيًا كان واستعماله لهذا الحق لا يمنع من مطالبة المشتري وفاء شخصياً وحيث كان له أن يطالب المورث لو كان حياً فله أن يطالب ورثته بذلك فانهم يقومون مقامه وله حينئذٍ ان يرجع على كل وارث بقدر حصته في الميراث . وتظهر فائدة استعمال البائع لهذا الحق في حالة ما اذا كان المبيع منقولاً ووقع في حصة أحد الورثة فباعه لأجنبي حسن النية فان للمشتري المذكور أن لا يرده للبائع اذا طلب استرداده تمسكاً بقاعدة الحيازة دليل الملك - ٦٠٧ مدني أهمل

فاذا لم يكن حق البائع قبل الورثة باقياً لضاع عليه المبيع والثمن ولكن تمسكه بهذا الحق يجيز له مطالبة كل وارث بحصته في التعويض المستحق لأن كل وارث ورث عن أبيه حق الالتزام برد المبيع وفاء

كذلك اذا حصل بالمبيع تلف استوجب تعويضاً جاز للبائع مطالبة كل شريك بحصته في التعويض - انظر بودري فقرة ٦٦٤ ص ٧٠٢

١٨١٥ - اذا تعدد المشترون وفاء جاز تطبيق القواعد السابقة قبلهم على سبيل القياس

١٨١٦ - يجب طلب الاسترداد من جميع الورثة قبل اقضاء الميعاد والآن سقط الحق في طلبه بالنسبة لمن لم يطلب منهم الاسترداد في الميعاد حتى ولو كان الغرض هو المطالبة بالتعويض الناشئ عن التلف الحاصل بالمبيع أو الناشئ بسبب بيع المنقول الى أجنبي حسن النية . وسبب ذلك ان مسئولية الورثة تنقضي باقضاء الميعاد وعدم حصول الاسترداد

واذا حصل استرداد بعض الحصص دون البعض في الأحوال المتقدمة فتقسم المصاريف المستحقة قانوناً (مادة ٣٤٤) بنسبة الحصة أو الحصص المستردة

١٨١٧ - أشار القانون الى حالة موت المشتري وتعدد ورثته ولم يتكلم على حالة موت البائع وتركه عدة ورثة هل يجوز تجزئة طلب الاسترداد بمعنى ان كل وارث يجوز له أن يطلب حصته بقدر نصيبه في الميراث او لا تجوز المطالبة إلا بكل المبيع سواء كان الطلب من وارث واحد أو من جميع الورثة

والذى يلاحظ فى ذلك أن المشتري قد يتضرر من التجزئة لأنه اشترى عيناً كاملة قد يضر تقسيمها بما ينتج عنها كاملة من المنفعة كنزل غير قابل للقسمة ومن جهة أخرى لم يكن للبائع وهو المورث أن يطلب استرداد بعض المبيع ويترك البعض فوجب أن تعامل الورثة كما كان يعامل وهو أن يطلبوا العين بأكملها

نص القانون الفرنساوى على هذه الحالة فأجاز لكل وارث أن يطلب حصته بقدر نصيبه فى الميراث ولكنه حفظ للمشتري الحق فى أن يجبر هذا الوارث بأن يتفق مع باقى الورثة على طلب العين بأكملها أو تركها كلها وذلك منعاً لما يلحقه من الضرر - « مادة ١٦٦٩ و ١٦٧٠ فرنساوى »

وعندنا حيث لا نص يرجع لقواعد العدل وهو رفع الضرر فإذا لم يكن ثم ضرر فطلب الوارث استرداد حصته جائز وإلا فلا. ولنا فى ذلك أسوة بالقواعد التى نص عليها القانون المصرى فى مواضع أخرى وهى أنه يجوز التقسيم إذا لم يترتب عليه ضرر - « قارن مادتي ٣١٧ و ٣١٠ أملى »

١٨١٨ - ويسرى حكم ما تقدم على حالة ما إذا كان البائعون عديدين وباعوا مبيعاً على المشاع بينهم وبعقد واحد - مادة ١٦٦٨ فرنساوى

أما إذا حصل البيع بعقود مختلفة وبأثمان مختلفة لكل حصة ثمن معين اعتبر كل بيع حاصل على حدته ومستقلاً عن الآخر وجازت المطالبة بكل مبيع على حدته ولو كان العقد واحداً

وإذا باع جملة شركاء عقاراً مشاعاً بينهم على الوفاء وكان البيع بالتضامن والتكافل جاز لأحد الشركاء أن يطلب استرداد المبيع بأكماله فإن كل شريك يعتبر نائباً عن الباقين وأنه باع كل المبيع . وعليه يجوز لأحد الشركاء المطالبة به بتمامه لأنه شريك بالتضامن

١٨١٩ - الحالة الثانية - إذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشترىها الحصة الباقية من مالها بعد « طلب هذا المالك مقاسمته » فالمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء إن يلزمه بأخذ العين بتمامها -

جواز استرداد قدر زائد فى حالة بيع حصة شائعة

مثال ذلك - زيد شريك لعمرى فى بيت على المشاع . باع زيد نصف المنزل وفاء بكر بمبلغ ألف جنيه . طلب بعد ذلك عمرو بيع البيت لعدم امكان قسمته فاشترى بكر بمبلغ ألفين ومائتى جنيه بمعنى أنه دفع الى عمرو ألفاً ومائة مقابل حصته فاذا طلب زيد الاسترداد كان بكر ان يجبره على أخذ المنزل بأكمله وأن يرد اليه ألفاً قيمة الحصة المبعة وفاء وألفاً ومائة قيمة حصة بكر التى دفعها له لأنه ما اضطر لشراء حصة بكر الا ليحفظ الحصة التى باعها زيد اليه وفى شرائها حفظ لحق زيد فى الاسترداد ويستفاد من هذا ان القانون أجاز ضمناً رفع دعوى البيع لعدم امكان القسمة على المشتري وفاء مع أنه متى طلب الاسترداد نزول ملكيته والسبب فى هذا الشذوذ ان القانون لم يرد ان يسيء حالة الشريك الذى باع شريكه حصته وفاء فاعتبر المشتري نائباً عن البائع فى الدعوى المذكورة

ويتفرع على هذه النيابة أن ليس للبائع ان يعارض فى مقدار الثمن الذى رسا به المزاد على المشتري بالنسبة للحصة التى طلب بيعها وان يطلب انقاص الثمن ما دام البيع بطريق المزاد لأن بائعها طبعاً يتوقع أعلى قيمة يبيع بها . وقد اشترى المشتري بالنيابة عن البائع بمقتضى ماله من الحقوق على العقار

فاذا رأى البائع ان الصفقة غير رابحة فسا عليه الا ان يمتنع عن استرداد ما

باعه - بودرى فقرة ٦٥٦ ص ٦٩٣

وقد جعل القانون هذا الحق موكولاً بخيار المشتري ان شاء أبقى الحصة التى اشتراها وبقي شريكاً بالمشاع مع البائع وان شاء ألزم البائع باستردادها ولكن لا حق له فى الزامه بالاسترداد الا اذا كان طلب القسمة حاصلًا من الشريك لأن المشتري مضطر لتحمل نتائجها اما اذا كان المشتري هو الطالب للقسمة فرسا المزاد عليه سقط حقه فى الزام البائع برد العين بأكملها ويرجع للحكم العام وهو أن البائع لا يسترد غير نفس المبيع

١٨٢٠ - سكت القانون عن حالة ما اذا طلب الشريك القسمة من المشتري

وفاء فرسا المزاد على ذلك الشريك أو على شخص آخر وعلى هذا نزعنا أيضاً الحصة المبيعة وفاء من يد المشتري . فهل للبائع ان يطلب الاسترداد عملاً بنص المادة ٣٤٣ أو لا يجوز له طلبه وممن يطلبه ؟

يرى شراح القانون الفرنسي أن ليس للبائع هذا الحق ونص المادة ١٦٦٦ فرنساوى عندهم يطابق حرفياً نص مادة ٣٤٣ عندنا وذلك لأن القانون لما أجاز طلب القسمة من المشتري وفاء بنص المادة ١٦٦٧ (مادة ٣٤٧ أهلى) أجاز جميع النتائج التى تترتب على ذلك وهى ان المزاد قد يرسو على المشتري وفاء أو لا يرسو لأنه رفض الشراء لارتفاع السعر مثلاً وحينئذ لا بد من ان يرسو المزاد على طالب القسمة أو على اجنبى . ولما كان المشتري معتبراً انه نائب عن البائع فى اجراءات المزاد فليس للبائع ان يطلب الاسترداد من الراسى عليه المزاد لأن ذلك معيد لحالة الشروع وعلى ذلك يتعلق حقه بالثمن الذى رسا به المزاد فاذا كان الثمن زائداً عن ثمن البيع الوفائى كان له الحق فى أخذ الفرق أى بين الثمن الأصيل الذى باع به وفاء والمصاريف المستحقة عليه وبين الثمن الذى بيعت به الحصة لعدم امكان القسمة

أما اذا كان الطالب للقسمة هو المشتري فنص المادة ٣٤٧ لا يسرى لأنه نص استثنائى جاء على خلاف الأصل فلا يقاس عليه غيره

وقد صرحت المادة ٣٤٧ بذلك فقالت « بعد طلب هذا المالك مقاسمته » وعلى ذلك لا يجوز للمشتري وفاء فى هذه الحالة ان يجبر البائع على استرداد العين بتمامها اذا كان اشترى حصة الشريك الآخر والبائع لا يسترد غير الحصة التى باعها وفاء بمعنى انه يبقى لكل منهما ما ملك

الفهرست

الفصل الأول

في البيع على العموم

صفحة	صفحة
٢٠ ما يترتب على البيع	المقدمة
٢٠ حكمه في الحقوق المجردة	٩ أصل البيع
٢١ ملاحظة على تعريف القانون المصري	١٠ نشأته
٢١ في الخلاف بين نصي المادة ٢٣٥	١٠ الفرق بين المقايضة والبيع
العربي والفرنساوي	١١ اغفال المقايضة في القانون المختلط
٢١ مراد المقنن من عبارته	١١ البيع مثال العقود بعوض
الفرع الثاني	١١ تقييد إباحته
في الفرق بين البيع والعقود المشابهة له	١٢ البيع في الشريعة الإسلامية
٢٣ الاشتباه بالمقايضة	الفرع الأول
٢٣ الاشتباه بالايجار	في تعريف البيع
٢٧ الاشتباه بجارة أرباب الصنائع	١٤ التعريف
٢٧ الاشتباه بالتوكيل	١٤ في مأخذه
٢٧ الاشتباه بهبة بعوض	١٥ في نقد القانون الفرنسي
٢٨ الاشتباه بالصلح	١٥ أقوال الفقهاء
٢٩ الاشتباه بالوصية	١٦ ميزة تعريف القانون المصري
٣٠ الاشتباه بالقرض المخفي للربا	١٧ الفرق بين القانون الروماني والقوانين الحديثة
الفرع الثالث	١٨ التعريف في الشرائع الأوروبية
٣١ في حكم البيع السابقة على القانون	١٨ صفات البيع
(٨٣)	

الفصل الثاني

في انعقاد البيع

صفحة	صفحة
٤٢ شروع المتعاقدين في الاتفاق على شروط أخرى	الفرع الأول
المبحث الثاني	في اركان الانعقاد وفيما ينعقد به البيع
في الايجاب والقبول	٣٦ اركان الانعقاد
٤٣ تعريف الايجاب والقبول وحكما	٣٦ فيما ينعقد به البيع
٤٣ في خيار الرجوع	٣٧ التراضي بالمشافهة أو الكتابة
٤٤ في تحديد أجل للقبول	٣٧ التراضي بالإشارة
٤٤ موت الموجب	٣٨ استثناء قانوني من قاعدة التراضي
٤٤ موت القابل	٣٨ استثناء بمقتضى الاتفاق
٤٤ الحجر على الموجب	الفرع الثاني
٤٤ في رضا الوكيل	في الركن الأول — وهو التراضي
٤٥ في جواز تولى شخص واحد شطرى العقد	المبحث الأول
المبحث الثالث	قواعد عمومية
التراضي في البيع بالمراسلات	٣٩ فيما يشتمل عليه التراضي
٤٥ في وقت الرجوع في الايجاب في بيع المراسلة	٤٠ اختلاف التراضي بالنسبة للمبيع
٤٦ في وقت انعقاد البيع بالمراسلة	٤٠ اختلافه بالنسبة للثمن
	٤٠ اختلافه بالنسبة للقصد
	٤١ في عدم اقتضاء شروط أخرى لانعقاد البيع

صفحة	صفحة
٥٨ حكم عدم امتلاك الأصناف المدونة بالبرنامج	٤٧ آراء خلافية في ذلك
٥٨ في جواز رفض البيع للمعسر	٤٩ رأى الشريعة الإسلامية في الموضوع
٥٩ في من يجوز له التمسك بالثمن المسمى	٥٠ صدور التراسل في وقت واحد من الجانبين
٥٩ الرجوع في العرض	٤٠ في تحديد أجل للقبول
٥٩ سقوطه	٥١ في مراعاة العرف في الأجل
	٥١ في إخلاء الموجب قبل انقضاء الأجل
الفرع الثالث	٥٢ في أمد القبول
في الوعد بالبيع	
المبحث الأول	المبحث الرابع
عموميات	في البيع بكتابة الثمن على المبيع — بيع التعااطي في الشريعة الإسلامية — البيع بالاعلان في الجرائد أو بتوزيع النشرات وارسال البرامج (الكتالوجات) وغيرها
٦٠ في الفرق بين البيع والوعد بالبيع	٥٣ البيع بكتابة الثمن على المبيع
٦٠ مزايا الوعد بالبيع وأمثلته	٥٣ بيع التعااطي في الشريعة الإسلامية
٦١ قيمته قانوناً	٥٤ حكمه وأمثلته
٦٢ حكمة التشريع الفرنسي	٥٥ قيمة الرضاء في حالة بقاء الثمن المكتوب أو رفعه
٦٢ تعليل الشريعة	٥٦ كتابة الثمن برموز وإشارات
٦٤ صحته قانوناً	٥٦ في اشتراط بعض الشروط
٦٤ أنواعه	٥٦ البيع بتوزيع النشرات أو ارسال البرامج
المبحث الثاني	٥٧ حكم التصرف في البضاعة
في الوعد الملزم للجانبين	٥٧ حكم نفاذها
٦٤ تعريفه	٥٨ حكم وجودها
٦٤ قده	

صفحة	صفحة
٨٠ في بطلان الوعد بالبيع للموظفين والنائبين عن غيرهم	المبحث الثالث
٨١ أحكام مختلفة	في الوعد من احد الجانبين
	٧٠ الوعد من البائع
المبحث الخامس	٧٠ الفرق بين الوعد بالبيع والايجاب في البيع
في بيع التفضيل (أو الاولوية)	٧٠ خيار الرجوع في الوعد بالبيع
٨١ تعريفه	٧١ الوعد من البائع ليس من التعهدات المقترنة بشرط مفسد
٨٢ حكمه	
٨٢ الطعن في صحته	المبحث الرابع
٨٢ مقارنته ببيع الوفاء	فيما يترتب على الوعد من البائع
٨٣ جواز التصرف بغير البيع في بيع الأولوية	٧٣ في حكم الوعد الملزم للبائع قبل موافقة المشتري
٨٣ الفرق بينه وبين الواعد بالبيع المجرد	٧٣ التصرف في العين الموعود ببيعها
٨٣ ما يشتمل عليه	٧٤ في هلاكها وزيادتها أو نقصها
	٧٥ في أن الوعد بالبيع ليس بيعاً بشرط
المبحث السادس	٧٦ في حكم الوعد الملزم للبائع بعد الموافقة
في الفرق بين الوعد بالبيع من الجانبين والوعد بالبيع من جانب واحد	٧٦ في امتناع الواعد عن تنفيذ وعده
	٧٧ في جواز التسجيل
المبحث السابع	٧٧ فيما يجب أن يشتمل عليه الوعد
في الوعد بالبيع من جانب المشتري	٧٩ في جواز تحويل التعهد بالوعد بالبيع
٨٥ تعريفه	٧٩ في صيغ الوعد الملزم للبائع
٨٥ حكمه ومقارنته بالوعد من البائع	٧٩ في تحديد أجل لقبول الشراء
٨٥ كيفية حصوله	٨٠ في طلب تحديد الأجل من القضاء

صفحة	الفرع الرابع في العربون	صفحة
٨٨ الفرق بين العربون والقسط من الثمن	٨٦ تعريفه	
٨٨ في الرجوع لقصد المتعاقدين	٨٦ الغرض منه	
٨٩ في اعتبار القرائن والظروف	٨٧ مبدأ القانون الفرنسي وعقله	
٨٩ في الرجوع للعرف	٨٧ فيما يسمى عربوناً	
٨٩ في مدة خيار النقص		
٩٠ في عدم رد الضعف الآتي حالة العربون		

الفصل الثالث

في المبيع

صفحة	عموميات	صفحة
المبحث الأول	٩٣ ماهية المبيع	
في بيع الأشياء المحتملة الوجود	٩٣ فيما يصلح أن يكون محلاً للبيع	
٩٦ صحتها قانوناً	٩٤ حكم تعدد بعض الأشياء المبيعة في القانون	
٩٨ كيفية حصولها	٩٥ شروط المبيع	
٩٨ في تقدير أثمانها	الفرع الأول	
٩٨ بيع الغرر والبيع المعلق على شرط في الأشياء المستقبلية	في اشتراط وجود المبيع	
١٠٠ في ترجيح أحدهما عند الاشتباه	٩٦ علة اشتراط وجود المبيع أو احتمال وجوده	
١٠١ استثناءات فيما لا يجوز بيعه من الأشياء المستقبلية	٩٦ في الوجود القانوني	
١٠٠ حكم بيع الأشياء المستقبلية في الشريعة		

صفحة	صفحة
المبحث الثاني	١١٥
في بيع المدوم أو المنعدم	١١٥
١٠٤ بطلانه قانوناً	١١٧
١٠٤ قيمته	لأعمال صناعتها
١٠٥ وقت حصول الهلاك	١١٧
١٠٥ هلاك الكل	بيع محلات التجارة
١٠٥ هلاك البعض	١١٨
١٠٦ تقدير الهلاك	العقارات الموقوفة والتصرف فيها
١٠٧ علم المشتري بالتلف عند البيع	١٢٠
١٠٧ في هلاك بعض الأشياء المبيعة جملة	في استبدال الوقف
	١٢٥
	في بيع المباني المحتكرة
	١٢٥
	في بيع الكدك والكردار
	١٢٦
	في بيع خلو الحوانيت
	١٢٦
	في بيع المرصد
المبحث الثاني	المبحث الثاني
فيها يجوز التبايع فيه وما لا يجوز	١٢٧
١٠٨	في الاشياء المنوع بيعها بمقتضى القانون
١٠٩	مع انها في الاصل مما يقبل التعامل به
١٠٩	١٢٨
١٠٩	الاتجار بالجواهر السامة
١٠٩	١٢٨
١٠٩	بيع الحشيش
١١٠	١٢٨
	بيع الدخان المغشوش
	١٢٩
	الحيوانات الموبوءة
	١٣٠
	في بيع الأسلحة النارية والذخائر
	١٣٠
	بيع البارود
	١٣١
	بيع الحمار
	١٣٢
	بيع الطيور
	١٣٢
	بيع الأشياء الأثرية
	١٣٢
	الاتجار بالرقيق
المبحث الأول	
في الاشياء التي لا تقبل التعامل بها	
١١٣	

صفحة	صفحة
الفرع الثالث	١٣٢ بيع الأشربة والمأكولات المغشوشة
في شرط تقوم المبيع	١٣٢ بيع الثمرة المعروفة باللوترية
١٤١ عدم انعقاد البيع فيما لا قيمة له	١٣٢ التبائع بالبضاعة الممنوع ادخالها
١٤١ معنى التقوم والمراد به	١٣٣ في بيع شيء مشروط فيه الحصول على رخصة
١٤٢ في القيمة المعنوية	
	المبحث الثالث
الفرع الرابع	في بيع الحقوق الذاتية
في شرط القدرة على تسليم المبيع	١٣٣ في بيع الرتب والنياشين
١٤٢ عدم انعقاد البيع فيما لا يمكن تسليمه	١٣٤ بيع المداليات والجوائز
	١٣٤ التبائع بالحقوق المتعلقة بذات الأمير
الفرع الخامس	١٣٤ التنازل عن النفقات
في شرط تعيين المبيع	١٣٦ بيع تذاكر الاياب وتذاكر الاشتراك في السكة الحديد
١٤٣ وجوب تعيين المبيع لصحة انعقاد البيع	١٣٧ بيع تذاكر المراسح المحفضة القيمة
١٤٣ حكمة ذلك	١٣٧ التنازل عن التزام الأعمال العامة
١٤٤ التعيين بالنوع كاف	١٣٧ التنازل عن امتياز النشر في جريدة
١٤٥ قابلية المبيع للتعيين	
١٤٦ في صنف المبيع الواجب تسليمه	المبحث الرابع
١٤٧ كيفية التعيين	في منع البيع بمقتضى اتفاق خاص بين المتعاقدين
١٤٧ شريعة اسلامية	١٣٧ في اشتراط عدم جواز البيع بين المتعاقدين
١٤٨ في الفرق بين تعيين المبيع والعلم بالمبيع	١٣٩ في منع اسقاط حق الايجار
الفرع السادس	١٣٩ استثناء بيع الجدك
في شرط ملكية البائع للمبيع	١٥٠

الفصل الرابع

في بيع ملك الغير

صفحة	صفحة
١٥٧ رأى أول	١٥٣ في مأخذ التشريع المصرى
١٥٨ رأى ثان	١٥٣ في أهمية الموضوع
١٥٩ رأى ثالث	١٥٣ حكم بيع ملك الغير في الشريعة الإسلامية
١٥٩ رأى رابع	١٥٣ بيع الفضولى
١٥٩ رأى خامس	١٥٤ حكمه في القانون الفرنساوى
١٦٠ في نتائج البطلان النسبى	١٥٤ القانون الألمانى
١٦٠ النتيجة الأولى	١٥٥ مذهب القانون المصرى
١٦١ في جواز طلب البطلان قبل حصول منازعة ما	١٥٥ فيما يترتب على بيع ملك الغير
١٦٢ عدم جواز طلب البطلان من البائع	الفرع الأول
١٦٣ القانون الايطالى	في بطلان بيع ملك الغير
١٦٣ شريعة اسلامية	المبحث الأول
١٦٣ في طلب البطلان حالة تملك المبيع	بالنسبة لاي شخص تقرر بطلان بيع ملك الغير
بعضى المدة	١٥٥ في ان البطلان مقرر بالنسبة للمتعاقدین
١٦٥ النتيجة الثانية	المبحث الثانى
١٦٥ النتيجة الثالثة	في نوع هذا البطلان وأساسه ونتائجه
١٦٧ رأى الفقهاء	١٥٦ في نوع البطلان
١٦٧ النتيجة الرابعة	١٥٧ أساسه واختلاف الآراء في ذلك
١٦٧ النتيجة الخامسة	
١٦٨ ميزة جعل البطلان نسبياً	

صفحة	صفحة
١٨٢ بيع الأشياء المعينة بنوعها	الفرع الثاني
١٨٣ شيوعه في بيع السلم والمضاربات	١٦٨ في حق المشتري ملك الغير — في طلب التعويض من البائع
١٨٣ صحته ولو كان القرض مجرد دفع فروق	الفرع الثالث
١٨٤ بيع منتج لمجرد تعهدات	١٧٠ في تأثير بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي — حق المالك في الاسترداد — حقه في اجازة البيع
١٨٤ أحكام	المبحث الأول
١٨٥ التعهد بقبول الغير	١٧١ في حق المالك الحقيقي في استرداد المبيع
١٨٦ التعهد بنقل الحياة	١٧١ تأثير التقادم على علاقة المالك الحقيقي بالمشتري
١٨٧ بيع المملوك بشرط فاسخ أو موقف	١٧٢ في استرداد الغلة
١٨٧ في المملوك بشرط موقف	١٧٣ تأثير التقادم على علاقة المالك الحقيقي بالمشتري
١٨٨ في الفرق بين امتلاك البائع للبيع	المبحث الثاني
بتحقق الشرط وامتلاكه بسبب آخر	١٧٦ في اجازة المالك للبيع
١٩٠ في بيع الملك المشاع	١٧٧ في مفعول الاجازة
١٩١ حكمه بالنسبة للمتعاقدين	١٧٨ أساس تصحيح البيع بالاجازة
١٩٢ في أن بيع المشاع قابل للفسخ تبعاً لنتيجة القسمة	١٧٩ أحكام الاجازة في الشريعة
١٩٥ في حكم البيع بالنسبة لباقي الشركاء	١٨١ في اجازة تصرفين معاً
١٩٩ التعهد بقبول الغير في البيع المشاع	الفرع الرابع
١٩٩ بيع المبيع وفاء	١٨١ في العقاب على بيع ملك الغير
١٩٩ حكم الشريعة في بيع ملك المشترك	الفرع الخامس
٢٠٠ في بيع ملك الغير قضائياً	١٨٢ في حدود تطبيق المادة ٢٦٤ والاحوال التي تدخل في حكمها والتي لا تدخل
٢٠٠ ذيل — في بيع المرهون والموئجر والملك الصوري والتركبة المستغرقة بالدين	١٨٢ في قصر النهي على بيع الأشياء المعينة
٢٠١ في بيع المرهون رهناً عقارياً	

صفحة	صفحة
٢٠١ في بيع المرهون رهن حيازة	٢٠٥ في بيع الملك الصوري
٢٠٣ في بيع العين المؤجرة	٢٠٧ بيع التركة المستغرقة بالدين

الفصل الخامس

في الثمن

٢٠٧ ماهيته وتعريفه	٢١٦ الصفة الثالثة
٢٠٧ الصفة الأولى	٢١٧ في تقييد حرية المتعاقدين
٢٠٩ الصفة الثانية	٢١٨ فيمن له حق تقدير الثمن
٢١٠ الثمن الحقيقي	٢١٩ فيما يترتب على تعيين الخبير
٢١٠ الثمن التافه	٢٢١ فرع خاص - في المقصد الشرعي
٢١٠ الثمن البخس	٢٢٢ في الفرق بين المقصد والباعث في البيع
٢١١ الثمن الصوري	

الفصل السادس

الفرع الأول	الفرع الثالث
٢٢٤ في شكل البيع	٢٣٤ في مصاريف البيع
٢٢٥ شكل البيع الخاص	٢٣٥ احكام
٢٢٦ في تعليق انعقاد البيع على كتابة عقد	
٢٢٧ في اعتبار الحكم في مقام العقد الرسمي	
٢٢٨ تطبيقات	
الفرع الثاني	الفرع الرابع
في اثبات البيع	في احوال البيع (صيغة)
٢٢٩ في المراد بالكتابة	٢٣٧ عموميات
٢٣٠ في ضرورة مراعاة قواعد الاثبات	٢٣٨ في الشرط الفاسخ
	٢٤٠ في الشرط الموقوف
	٢٤١ في البيع لأجل

صفحة	صفحة
الفرع السادس	الفرع الخامس
في بيع التجربة	٢٤٢ في البيع بالوزن او العدد او الكيل والبيع جزافاً
٢٥٨ تعريفه	٢٤٣ شريعة اسلامية
٢٥٩ اشتراطه التجربة في العقد	٢٤٤ قانون فرنساوى
٢٥٩ تأثير العادة	٢٤٤ القانون المصرى
٢٦٠ حكمة النص	٢٤٤ في تعريف البيع الجزاف
٢٦٠ الاتفاق على خلافه	٢٤٦ قانون ايطاليا
٢٦١ حكمه	٢٤٦ في تعريف البيع بالوزن أو الكيل الخ
٢٦١ محله	٢٤٦ في اشتراط الكيل او الوزن لتعيين المبيع
٢٦٢ طريقة التجربة	٢٤٧ » » » » » تقدير الثمن
٢٦٣ ميعادها	٢٤٨ رأى الأول
الفرع السابع	٢٤٨ » الثانى
في البيع المستعملة في التجارة	٢٤٩ » الثالث
المبحث الأول	٢٤٩ فيما يترتب على البيع جزافاً او بالكيل
في بيع السلم	٢٥٠ في نقل الملك
٢٦٤ تعريفه	٢٥١ في الفرق بين البيعين من جهة الهلاك
٢٦٥ هلاك المبيع فيه	٢٥٢ هلاك البعض
٢٦٥ حصوله بطريق المضاربة	٢٥٢ هلاك الكل
المبحث الثانى	٢٥٣ تقييد حكم المادة
في بيع السلم بالعينة	٢٥٤ في الشروط اللازمة للوزن او العدد او الكيل
٢٦٧ الفرق بينه وبين البيع بالنموذج	٢٥٥ في سلطة القاضي
٢٦٨ في اعطاء البائع أمراً بالتسليم لحامله	٢٥٦ في طلب الوزن
٢٦٨ بيع السلم بالتسلسل وتصفيته	

صفحة	المبحث الثالث	صفحة
٢٧٣	في بيع البضاعة الحاضرة	٢٧٠
٣٧٤	المبحث الرابع	
٢٧٥	في البيع المعلق على وصول السفينة سالمة	٢٧١
٢٧٥	الفرع السابع (مكرر)	
	في البيوع التخيرية	
	الفرع الثامن	
	في الشروط والآجال المتعارفة	
	تعارض العرف والنص	
	متى يرجع للعرف	
	شريعة فرنساوية	

فصل السابع

في المتعاقدين

الفرع الأول	صفحة
٢٧٦	فيمن يجوز لهم البيع والشراء
٢٧٧	أهلية المتعاقدين
٢٧٧	الأصل هي الأهلية
٢٧٨	عدم أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية
٢٧٨	الرجوع للأحوال الشخصية
٢٧٩	ما يترتب على فقد الأهلية
٢٧٩	عدم أهلية الأشخاص المعنوية
٢٨٠	المنع الخاص
المبحث الأول	صفحة
٢٨١	في الحجر على أهلية القضاء ومساعدى القضاء
٢٨١	المنع من شراء الحقوق المتنازع فيها
٢٨١	قصر المنع على الشراء دون البيع
٢٨٤	المنع وارد على كل الحقوق أو بعضها
٢٨٦	شراء المحامي لحصة من حق متنازع فيه
٢٨٨	في منع الشراء ادارياً
٢٨٨	شريعة اسلامية
المبحث الثانى	صفحة
٢٨٩	في فقد أهلية الوكلاء الشرعيين والمختارين
٢٨٩	المنع من شراء المال المنوط بالوكيل ببيعه
٢٨٩	علته
٢٩٠	فيما يتناوله المنع
٢٩٢	حكم شراء المشرف
٢٩٢	حكم شراء الوصى الخاص
٢٩٢	المنع شامل للشراء مباشرة أو بالواسطة
٢٩٤	شريعة اسلامية
٢٩٤	في حكم شراء الوصى المختار
٢٩٤	في حكم شراء وصى القاضى
٢٩٥	حكم منع هذه البيوع

صفحة	صفحة
٣٢٢ فيما يتعلق بالبيع	المبحث الثالث
٣٢٤ مضمون الاجازة واثباتها	٢٩٦ في منع المحجوز عليه من بيع ما حجز عليه
٣٢٤ في الاجازة الصادرة من وارث مريض	من العقار بحسب أحكام القانون المختلط
٣٢٤ في اجازة بعض الورثة	٢٩٧ المراد من نص المادة
٣٢٥ في مفعول الاجازة	٢٩٨ في سقوط الحق في ابطال البيع
٣٢٦ نفاذ البيع بأكمله عند عدم وجود ورثة	الفرع الثاني
٣٢٧ في نقل الملك	٢٩٩ في بيع المريض مرض الموت
٣٢٧ في التنفيذ	٣٠٠ مأخذ هذه الأحكام
الفرع الثالث	٣٠٠ تقسيم التصرفات عند الشرعيين
في رضا المتعاقدين	٣٠٠ تصرفات في حال الصحة
٣٢٨ احكام	٣٠١ تصرفات في حال المرض
الفرع الرابع	٣٠١ حكمة ذلك
٣٣٢ في وجوب علم المشتري بأوصاف المبيع	٣٠٤ شرائع أجنبية
الاصلية (خيار الرؤية)	٣٠٥ مقارنة القانون المصري بالشرعية
المبحث الأول	٣١٠ في تعريف مرض الموت
عموميات	٣١١ فيمن هو في حكم المريض
٣٣٤ في مأخذ هذه النصوص ومراد	٣١١ في العلل والأمراض المزمنة
القانون منها	٣١٣ فيمن يلحق بالأصحاء
٣٣٦ خيار الرؤية بحسب أحكام الشريعة	٣١٤ في بيع الصحيح
٣٣٨ في وجه الكلام على هذا الموضوع	٣١٤ في بيع المريض مرض الموت
في باب العاقلين	٣١٥ في الحد الفاصل بين الصحة والمرض
٣٣٨ مقارنة بأحكام بيع المذاق في القانون	٣١٥ في طرق الاثبات
الفرنساوى	٣١٧ في انطباق هذه الأحكام على الوطنيين
٣٣٩ المراد بالعلم	٣١٧ في تحديد صفة الوارث ووقته
٣٣٩ في تقييد هذا العلم	٣٢١ في الاجازة ووقتها

صفحة	صفحة
٣٤٥ في عدم سقوط الحق في حالة التدليس	٣٤١ في قصر هذا الحق على المشتري
المبحث الثالث	٣٤١ في معاينة الوكيل
٣٤٦ في اشتغال عقد البيع على بيان المبيع واوصافه	المبحث الثاني
المبحث الرابع	في حكم البيع بعد المشاهدة
٣٤٧ في البيع للائحة	٣٤٢ في مشاهدة بعض المبيع جزافاً
المبحث الخامس	٣٤٣ في مشاهدة بعض المبيع بالكيل أو الوزن
٣٤٧ في الفرق بين العلم بذات المبيع والعلم بأوصافه	٣٤٣ في جواز استعمال حق خيار العيب
	٣٤٤ في سقوط حق الفسخ
	٣٤٤ في اثبات سقوط الحق

الفصل الثامن

في احكام البيع

صفحة	صفحة
٣٥٨ في البيع المعلق على شرط	الفرع الأول
٣٥٩ في بيع التجربة	٣٥٠ حكم البيع في انتقال الملك
٣٥٩ في نقل ملكية البضاعة المرسلة بطريق البحر أو البر	عموميات
٣٦٠ في استبقاء الملك لحين دفع الثمن	٣٥٣ فيمن يعتبر في حكم المتعاقدين
٣٦٠ في حقوق الأجانب	٣٥٤ حكمة نظام العلانية
المبحث الثاني	٣٥٥ في حكم بيع المنقول مرتين
في نقل الملكية بالنسبة لغير	المبحث الأول
٣٦١ الفرق بين امتلاك المنقول والعقار	في انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين
٣٦١ لزوم التسجيل في العقار	٣٥٦ نقل الملك في الشيء المعين بالذات
٣٦١ المراد بالتسجيل	٣٥٧ نقل الملك في الأشياء المعينة بنوعها
	٣٥٨ في البيع بخيار التعيين
	٣٥٨ في البيع جزافاً أو بالكيل والوزن

صفحة	صفحة
٣٧٥ حالة امتلاك العين بمضى المدة	٣٦٢ التكليف غير التسجيل
٣٧٦ حالة تعدد البائعين	٣٦٢ جهة التسجيل
٣٧٦ البيع من المورث والوارث	٣٦٣ اختصاص المحاكم المختلطة في التسجيل
الفرع الثاني	٣٦٤ العقود الواجب تسجيلها
حكم الهلاك في البيع	٣٦٤ ما يترتب على عدم التسجيل
٣٨١ قد التشريع	٣٦٥ في الاعفاء من التسجيل
٣٨٢ المقصود بالهلاك ومحلّه	٣٦٦ في عقود البيع الممضاة من البائع وحده
٣٨٢ حكم القانون الفرنسي	٣٦٦ قيمتها بالنسبة للمتعاقدین
٣٨٥ حكم الشريعة الإسلامية	٣٦٧ قيمتها بالنسبة للغير
٣٨٥ هلاك الكل بعد القبض	٣٧٠ المقصود بالغير
٣٨٦ هلاك البعض قبل القبض	٣٧٢ شرط حسن نية الغير
٣٨٧ هلاك البعض بعد القبض	٣٧٢ علمه بالبيع الأول
٣٨٧ حكم القانون المصري	٣٧٣ أحكام
٣٩٠ الهلاك في البيوع المعلقة على شرط	٣٧٤ مزايا التسجيل
٣٩١ الهلاك في البيع بالوزن أو الكيل أو العد	٣٧٥ محلها
٣٩٢ الهلاك في البيع الجزاف	٣٧٥ أحوال عدم انطباقها
٣٩٢ الهلاك في البيوع التجارية	

فصل في البيع

في تعهدات البائع

٣٩٨ تعريفه وماأخذه	٣٩٤ عموميات
٣٩٩ التسليم في غير البيع	٣٩٥ في التعهد بحفظ المبيع
٣٩٩ طرقه	القسم الأول - في التسليم

صفحة	صفحة
٤٠٩	الفرع الأول
٤٠٩	٤٠٠ في تسليم العقارات
٤٠٩	٤٠١ وجوب التخلية
٤٠٩	٤٠١ التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين
٤٠٩	الفرع الثاني
	في تسليم المنقولات
الفرع السادس	٤٠٢ طرقه
في مكان التسليم	٤٠٢ في التسليم بالتراضي على وضع يد البائع
٤١٠ يسلم المبيع في مكان وجوده	٤٠٣ في التسليم بأعمال أخرى
٤١١ جواز الاتفاق على خلاف ذلك	٤٠٤ في التفريق بين التسليم والاستعمال
٤١١ مكان تسليم الشيء المعين بنوعه	٤٠٤ أهمية تحديد ميعاد التسليم
٤١١ أحكام	الفرع الثالث
الفرع السابع	في تسليم الحقوق المعنوية
في زمان التسليم وما يترتب على التأخير فيه	٤٠٥ طرقه
٤١٢ في وقت التسليم	٤٠٥ في لزوم التسليم فعلاً
٤١٣ فيما يترتب على ذلك	٤٠٦ الفرق بين الوفاء بالتسليم والحيازة الفعلية
٤١٣ يطلب الفسخ من المحكمة	٤٠٦ التصريح بالتسليم دلالة
٤١٣ في حكم وضع اليد	الفرع الرابع
٤١٤ في طلب التضمينات	في وضع اليد بدون اذن البائع
٤١٤ في التأخير لحادثة قهرية	٤٠٦ عدم اعتباره وما يترتب عليه
التأخير في تسليم المبيع بيع سلم	٤٠٧ شروط ذلك
٤١٥ طلب التصريح من المحكمة بالشراء	الفرع الخامس
للتأخير في التسليم	في مصاريث التسليم
٤١٦ جواز الشراء بغير اذن المحكمة	٤٠٨ حكمة جعلها على البائع
الفرع الثامن	
٤١٩ في حبس المبيع	
٤٢٠ حكمة ذلك - محله	

صفحة	
٤٢١	عرض المشتري رهناً لا يسقط الحبس
٤٢١	الحوالة من البائع مسقطه له
٤٢٢	جواز الحبس عند تأجيل الثمن
٤٢٣	جواز الحبس في أحوال مشابهة
٤٢٤	أحوال منصوص عليها في القانون التجاري
	الفرع التاسع
٤٢٥	فيما يجب تسليمه بمقتضى البيع
	المبحث الأول
	في الحالة التي يجب أن يسلم بها المبيع
٤٢٦	وجوب تسليم نفس المبيع
٤٢٦	في تسليم المبيع المعين بنوعه
٤٢٧	النقص الطفيف في صنفه
٤٢٧	تسليم المبيع بالعينة
٤٢٧	متى يرفض المبيع
٤٢٩	في إثبات مطابقة الشيء المسلم
	المبحث الثاني
٤٣٠	في ثمره المبيع وزوائده
	المبحث الثالث
٤٣٠	في استئصال مقدار الظروف والأوعية
	الفرع العاشر
	في ملحقات المبيع
٤٣٤	حكم الملحقات في الشريعة الإسلامية
٤٣٤	كيفية تسليم مبيع عليه ثمر
٤٣٥	الحقوق والمرافق
٤٣٦	حكم الملحقات في القانون
٤٣٦	ما هي الملحقات
٤٣٦	الرجوع لنص القانون
٤٣٨	أحكام
٤٣٨	الرجوع لجنس المبيع أو لقصد المتعاقدين
٤٣٩	الحقوق التي لا ترتبط بالمبيع
٤٤٠	في ملحقات المنقول
٤٤٠	محل تجارى
٤٤١	في العلامات التجارية
٤٤٢	في بيع المكاتب
٤٤٢	في بيع لوح التصوير
٤٤٣	في تسليم المبيع كاملاً
٤٤٣	كيفية تنفيذه
٤٤٣	عدم مطابقة مقداره المتفق عليه
	الفرع الحادى عشر
٤٤٥	في نقص المبيع أو زيادته
٤٤٧	وجوب تسليم المبيع بقدره أو وزنه
٤٤٩	المراد بالأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض
٤٤٩	حكمها عند تقدير الثمن جملة
٤٤٩	حكمها عند تقديره بالآحاد
٤٥٠	في الأشياء التي لا يمكن قسمتها
	بغير ضرر
٤٥٠	حكمها عند تعيين الثمن بالآحاد
(٨٥)	

صفحة	صفحة
٤٦٦ ضمان التعرض - مبناه	٤٥٢ ما يجب رده عند الفسخ
٤٦٧ الخوف من نزع الملكية	٤٥٢ حق الحبس عما يجب رده
٤٦٨ حيازة الأجنبي	٤٥٣ الفسخ في أحوال أخرى
٤٦٨ حرمانه من منفعة غير مشروطة	٤٥٣ المدة المسقطه لحق الفسخ
٤٦٩ الشرط الأول	٤٥٣ وجوب التمسك من الخصم
٤٧٠ الشرط الثاني والثالث	٤٥٤ مسقطات حق المشتري
٤٧٦ شرط عدم الضمان في قائمة المزاد	٤٥٤ شرط عدم ضمان المقدار
٤٧٦ ضمان الحاجز	٤٥٥ أحكام
٤٧٧ حقوق الراسى عليه المزاد	في ضمان المبيع
٤٧٧ الحالة الأولى	٤٥٦ عموميات
٤٧٨ الحالة الثانية	٤٦٠ أحكام ضمان المبيع
	٤٦١ أنواعه
المبحث الثاني	الفرع الأول
فيما يترتب على الضمان القانونى	ضمان التعرض والاستحقاق
٤٨٠ الأمر الأول - في وجوب عدم	٤٦١ ضمان الحيازة الهادئة
تعرض البائع للمشتري	٤٦٢ وجوبه بحكم القانون
٤٨١ عدم تجزؤ دعوى الضمان	٤٦٢ التعديل فيه
٤٨٢ النزاع بالواسطة	المبحث الأول
٤٨٣ فتح محل تجارة جديد	٤٦٢ في الضمان القانونى
٤٨٤ الأمر الثاني - في وجوب الدفاع	٤٦٣ الاستحقاق
عن المشتري	٤٦٣ التفريق بين دعوى الضمان
٤٨٥ طرق تضمين البائع	للاستحقاق والعجز
٤٨٧ سقوط الضمان بمضى المدة	٤٦٤ ما يترتب على الاستحقاق فى الدعاوى
٤٨٨ الأمر الثالث - في وجوب تعويض	٤٦٥ الاستحقاق حكماً
الضرر الناشئ عن الاستحقاق	

صفحة	صفحة
٥٠٠ خيار المشتري في الفسخ أو إبقاء البيع	٤٨٨ الحالة الأولى - في استحقاق كل
٥٠٢ ما يجب رده	المبيع (أو انتزاع المبيع)
٥٠٣ ب - في ظهور حق ارتفاق على المبيع	٤٨٨ في رد الثمن
٥٠٥ حقوق الارتفاق القانونية أو الطبيعية	٤٨٩ في رجوع المشتري بثمن أزيد
٥٠٥ وجود حقوق أخرى عينية	٤٨٩ الرجوع بالثمن المحول
٥٠٦ تأكيد البائع عدم وجود حق ارتفاق	٤٩٠ استرداد الثمن بأكمله
٥٠٦ النص على خلو العقار من كل ارتفاق	٤٩٠ خصم قيمة التلف الذي عاد بمنفعة
٥٠٦ حق ارتفاق موجب	٤٩١ خصم قيمة ما استرده المشتري
المبحث الثالث	٤٩١ تنقيص الثمن في بيع حق الانتفاع
في الضمان الشروط	٤٩٢ في التضمينات
٥٠٧ أ - في الشروط المترتب عليها زيادة	٤٩٣ مشتملاتها - رسوم العقد
مشمولات الضمان القانوني	٤٩٣ رسوم دعوى الاستحقاق والضمان
٥٠٨ لا يجب الضمان إلا في حالة بيع المبيع	٤٩٣ الخسارة والربح
٥٠٨ لا ضمان في حالة التأجير	٤٩٤ في رد الثمرة
٥٠٩ الضمان في حالة ضبط أشياء مقلدة	٤٩٥ في التضمينات الأخرى
٥٠٩ ب - في الشروط المنقصة	٤٩٥ زيادة قيمة المبيع
٥١٠ ج - في اشتراط عدم الضمان	٤٩٧ مصاريف التصليحات والتحسينات
٥١١ قبيده	٤٩٧ في نفقات المرات الضرورية
٥١٣ لا يجوز أن يكون البائع مستحقاً	٤٩٧ في الإصلاحات النافعة
٥١٣ مزاحمة البائع المشتري	٤٩٨ التحسينات الكمالية
٥١٣ رد الثمن في حالة اشتراط عدم الضمان	٤٩٩ رد فوائد الثمن
٥١٤ عدم رده - شروط ذلك	٤٩٩ الحالة الثانية - في استحقاق بعض
٥١٥ إهمال المشتري مضيع للثمن والتعويض	المبيع (أو الاستحقاق الجزئي)
٥١٥ خلاصة ما تقدم	٤٩٩ أ - في انتزاع جزء معين أو شائع
٥١٧ ضمان الدرك	

صفحة	صفحة
٥٣٠ العيب لا يتوقت	الفرع الثاني
٥٣١ نقص القيمة ليس بعيب	ضمان العيوب الخفية
٥٣٢ لا يضمن العيب في البيوع القضائية	٥٢١ تمهيد
والادارية	المبحث الأول
المبحث الثاني	في العيوب الخفية
في الأحكام المترتبة على ضمان العيوب الخفية	٥٢١ تعريفها
٥٣٣ الخيار بين الفسخ وتنقيص الثمن	٥٢٢ الفرق بين دعوى الضمان لعيب خفي
٥٣٣ طلب الفسخ فقط	والبطلان لغلط
٥٣٤ طلب التنقيص فقط	٥٢٣ شروط العيب الموجب للضمان
٥٣٧ هلاك المبيع بالعيب القديم	٥٢٣ الشرط الأول
٥٣٧ هلاكه بالعيب الجديد	٥٢٥ » الثاني
٥٣٨ عدم جواز التعامل به	٥٢٦ » الثالث والرابع
٥٣٨ حدوث عيب جديد	٥٢٧ تولد العيب
٥٣٩ العلم بالعيب	٥٢٨ العيب في الأشياء التي تستلم من البوسته
٥٤٠ تغير حالة المبيع	٥٢٩ البراءة من العيوب
٥٤١ العيب في المبيع المتعدد	٥٢٩ شرطها حسن النية
٥٤٢ تجزئة الدعوى	٥٢٩ جوازها بصيغة عامة
٥٤٣ مدة رفعها	٥٢٩ شرط الزيادة في الضمان
	٥٣٠ خلط المبيع عيب

الفصل العاشر

في تعهدات المشتري - اداء الثمن والاستلام

٥٤٧ تمهيد	الفرع الأول
المبحث الأول	في التعهدات باداء الثمن
٥٤٨ في زمن اداء الثمن ومكانه	

صفحة	صفحة
٥٦٥ منع ميعاد قبل الفسخ	المبحث الثاني
٥٦٥ جواز دفع الثمن حين صدور الحكم	في حبس الثمن
٥٦٦ د- النص على شرط الفسخ صراحة	٥٥٣ علم المشتري لا يسقط الحبس
في العقد	٥٥٣ اسقاط الحبس بالشرط
٥٦٦ شرط الفسخ فقط	٥٥٣ شرط عدم الضمان لا يسقط الحبس
٥٦٦ شرط الفسخ من نفسه	٥٥٤ اجبار المشتري على دفع الثمن
٥٦٧ شرط الفسخ من نفسه وبغير تنبيه	٥٥٤ زوال السبب الموجب للحبس
المبحث الرابع	٥٥٥ حبس الفوائد .
فيما يترتب على فسخ البيع	المبحث الثالث
٥٦٩ أ - حكم الفسخ بالنسبة للمتعاقدین	في فوائد الثمن
٥٦٩ زوال أحكام البيع - نتائج ذلك	المبحث الرابع
٥٧٠ ضمان التلف - قيمة المصاريف	في فسخ البيع لعدم دفع الثمن
٥٧١ تعويض الضرر	٥٥٨ خيار البائع بين الفسخ وطلب الثمن
٥٧٢ ب - حكم الفسخ بالنسبة للغير	٥٥٨ حقوقه الأخرى
٥٧٢ استثناءات	٥٥٩ أ - في الأحوال التي يجوز فيها
٥٧٣ صفة دعوى الفسخ	طلب الفسخ
٥٧٤ تفضيل ادخال المشتري والحائز في	٥٥٩ أحواله
الدعوى	٥٦٠ الفسخ في البيع الجبرى
٥٧٥ رد الثمرة	٥٦٢ ب - من له حق طلب الفسخ
٥٧٥ عدم فسخ الايجار	٥٦٢ اتقسام دعوى الفسخ
٥٧٦ أحكام	٥٦٣ التضرر من فسخ بعض المبيع
٥٧٦ علانية الحكم الصادر بفسخ بيع العقار	٥٦٤ شرط جواز طلب الفسخ
المبحث الخامس	٥٦٤ ج - وجوب طلب الفسخ بواسطة
سقوط الحق في المطالبة بالفسخ أو تقييده	الحكمة - حكمة ذلك
٥٧٧ أ - في التنازل	٥٦٤ الفسخ في الحال

صفحة	صفحة
٥٨٢ ذيل - عدم امكان الفسخ اذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة	٥٧٧ ما يعد تنازلاً
المبحث السادس	٥٧٨ ما لا يعد تنازلاً
٥٨٢ في فسخ البيع بالتراضي	٥٧٨ ب - في مضي المدة
٥٨٣ تمة - أحكام قضائية	٥٧٩ ج - عدم الاحتجاج بالفسخ على من سجل حقه العيني قبل تسجيل البيع
الفرع الثاني	٥٨١ د - عدم الاحتجاج بالفسخ اذا اشهر افلاس المشتري قبل تسجيل البيع
٥٨٥ في التعهد باستلام المبيع	٥٨١ الفسخ في بيع عقار المفلس
٥٨٦ إلزام المشتري بالاستلام	٥٨١ الفسخ في بيع المنقول
٥٨٧ فسخ بيع المنقول عند عدم الاستلام ودفع الثمن - شروط ذلك	٥٨١ هـ - سقوط الحق في الفسخ في حالة الحجز العقاري
٥٨٨ حكمته	
٥٨٨ عدم جواز التوسع	

الفصل الحادي عشر

في دعوى تكلمة الثمن بسبب الغبن الفاحش

المبحث الأول	المبحث الثاني
عموميات	شروط دعوى تكلمة الثمن
٥٩٢ تعريف الغبن	٥٩٢ الشرط الأول
٥٩٣ حكمه والخلاف فيه	٥٩٨ » الثاني
٥٩٤ شريعة رومانية	٥٩٨ » الثالث
٥٩٤ » فرنساوية	المبحث الثالث
٥٩٤ » المانية	٥٩٩ فيمن له حق رفع هذه الدعوى
٥٩٦ » إسلامية	٦٠٠ في بيع الولي
٥٩٦ » مصرية	٦٠٠ في بيع الوصي

صفحة	صفحة
٦٠٠ في بيع الصغير	٦٠٧ سقوطها
٦٠٢ في البيع بغير اذن المجلس الحسبي	٦٠٧ سرعان المدة
٦٠٢ في شراء الوصي لنفسه	
٦٠٢ حكم البيع باسم المجلس الحسبي	

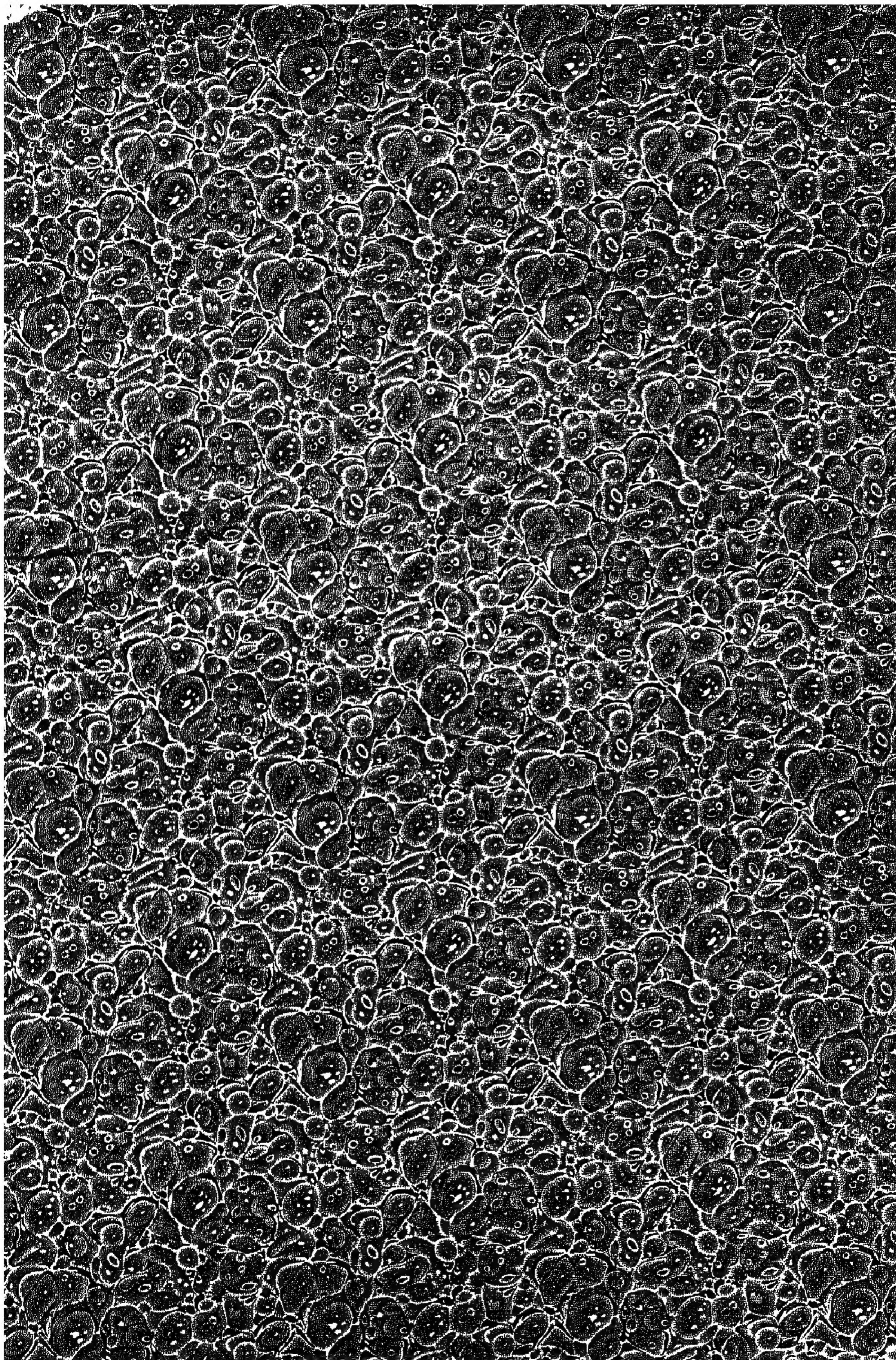
الفصل الثاني عشر

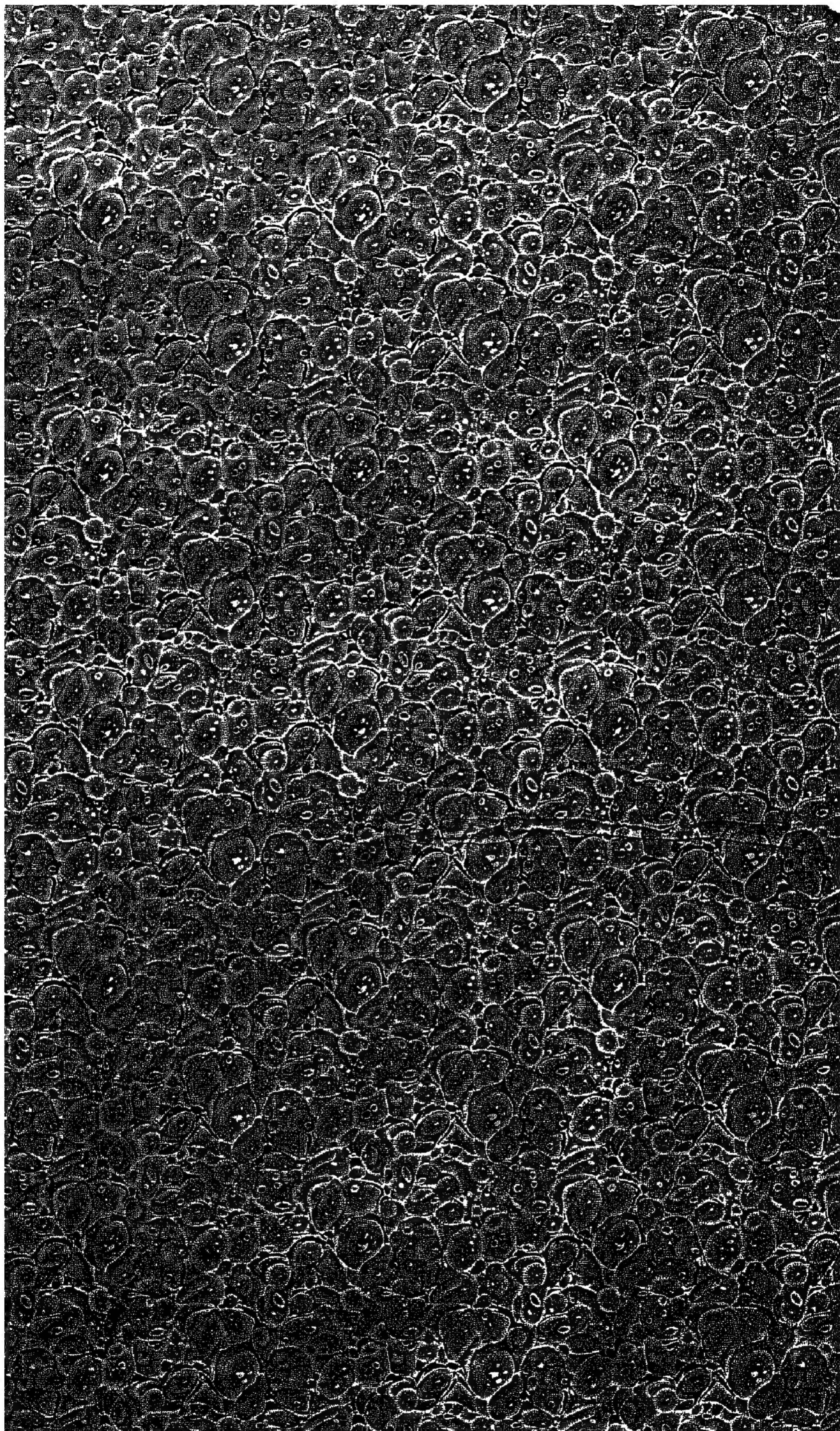
في بيع الوفاء

المبحث الأول	عموميات
٦٢٥ ضرورة ذكره في نفس العقد	٦١٣ صفة بيع الوفاء
٦٢٦ في مدة الاسترداد	٦١٣ نشأته
٦٣٠ في كيفية الاسترداد	٦١٥ شريعة رومانية
٦٣٣ حقوق المشتري اذا تأخر البائع في دفع الثمن	٦١٥ شريعة اسلامية
٦٣٤ شرط العرض الحقيقي	٦١٦ تعريفه
٦٣٤ التنازل عن الاسترداد	٦١٧ فائده وضرره
المبحث الرابع	٦١٨ الفرق بين بيع الوفاء والرهن
٦٣٥ من له حق الاسترداد	الفرع الأول
المبحث الخامس	بيع الوفاء الصوري
٦٣٦ ممن يطلب الاسترداد	٦١٩ تعريفه
	٦١٩ ما يترتب عليه
	٦٢٠ الفرق بين بيع الوفاء الحقيقي والصوري
	٦٢٣ متى يعتبر بيع الوفاء رهناً
	الفرع الثاني
	في بيع الوفاء الحقيقي

صفحة	المبحث السادس	صفحة
٦٤٤ مصاريف ضرورية	فيما يترتب على شرط الاسترداد	
٦٤٤ » نافعة	٦٣٨ أحكامه بعد الاسترداد	
٦٤٥ حق المشتري في حبس العين	٦٣٩ أحكام البيع أثناء مدة الاسترداد	
٦٤٦ حقه في طلب تحديد ميعاد	٦٣٩ حقوق المشتري	
٦٤٦ رد البيع كاملاً	٦٤٠ حقوق البائع	
٦٤٦ تأثير الاسترداد بالنسبة للغير	المبحث السابع	
٦٤٧ ملاحظة على القانون المختلط	فيما يترتب على استعمال حق الاسترداد	
٦٤٧ استثناء الاجارة عند الفسخ	٦٤٣ الالتزام الأول	
٦٤٩ استرداد البيع بأكمله	٦٤٣ » الثاني	
٦٤٩ جواز استرداد بعض البيع وفاء	٦٤٤ » الثالث	
٦٥٢ جواز استرداد قدر زائد في حالة	٦٤٤ مصاريف زينة	
بيع حصة شائعة		









Bibliotheca Alexandrina



0405266